

**Die Lohnansprüche
arbeitswilliger Arbeitnehmer
bei Arbeitskämpfen**

Rolf Eisenstein

1962

DIE LOHNANSPRÜCHE ARBEITSWILLIGER ARBEITNEHMER BEI
ARBEITSKÄMPFEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Rolf Eisenstein

aus Dortmund

1962

1. Berichterstatter : Professor Dr. Dietz
2. Berichterstatter : Professor Dr. Fikentscher
Dekan : Professor Dr. Dr. Lukes
Tag der mündlichen Prüfung : 20. Januar 1962



Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	12
<u>Einleitung</u>	15
Tatbestände und Rechtsprobleme	16
<u>Erster Teil : Die Behandlung des Problems in der Literatur und Rechtsprechung</u>	19
A. <u>Literatur und Rechtsprechung bis 1945</u>	19
I. Die älteren Lösungsversuche	19
1. Die Lehre von der Unmöglichkeit der Dienst- leistung und vom Annahmeverzug des Ar- beitgebers	19
2. Die Lehre vom gemeinsamen Angebot	21
3. Die Solidaritätslehre	22
II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts	24
1. Die Einführung der arbeitsrechtlichen Be- trachtungsweise durch das RG	24
2. Die Sphärentheorie des RAG	26
B. <u>Literatur und Rechtsprechung nach 1945</u>	28
I. Die von der Literatur vorgeschlagenen Lösungswege	28
1. Die zivilistische Betrachtungsweise	29
a) Der von König vorgeschlagene Lösungsweg	29
b) Die von Dersch vertretene Ansicht	30
2. Die arbeitsrechtliche Betrachtungsweise	31
a) Die Lehre von der Aussperrungspflicht des Arbeitgebers (Nipperdey, Böttcher)	31
b) Die Lehre von der Belegschaftssolidarität (Galperin, Schwerd)	32
c) Die Lehre von der Gewerkschaftssolidarität (Jorns)	34
d) Die Lehre von der Gruppen- und Berufssoli- darität (Hueck, Dietz, Bulla, Nikisch, Gross)	36

II.	Die in der Rechtsprechung vertretenen Ansichten	43
1.	Die Stellungnahme des Arbeitsgerichts Kassel	44
2.	Die Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte	45
3.	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	48
<u>Zweiter Teil :</u> Kritische Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten		52
A.	<u>Kritik an den Lösungsversuchen der Literatur</u>	52
I.	Ablehnung der zivilistischen Betrachtungsweise	52
II.	Kritik an der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise	54
1.	Ablehnung des von Nipperdey und Bötticher vorgeschlagenen Lösungsweges	54
2.	Kritik an der von Galperin und Schwerd vertretenen Auffassung	54
3.	Kritik an der von Jorns vertretenen Lehre von der Gewerkschaftssolidarität	55
4.	Kritik an der Lehre von der Gruppen- und Berufssolidarität aller Arbeitnehmer	57
a)	Kritik an der von Hueck, Dietz und Bulla vertretenen Ansicht	57
b)	Kritik an dem von Nikisch und Gross vorgeschlagenen Lösungsweg	58
B.	<u>Kritik an der Rechtsprechung</u>	61
I.	Ablehnung der vom RG und vom RAG vertretenen Theorie von der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft	61
II.	Kritik an der neueren Rechtsprechung	65
1.	Kritik an dem Urteil des Arbeitsgerichts Kassel	65
2.	Kritik an der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte	66
3.	Kritik an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	69
<u>Dritter Teil :</u> Eigener Lösungsversuch		75
I.	Bejahung der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise	76
II.	Verhältnis von Kollektivismus und Individualismus im heutigen Arbeitsrecht	76

III.	Die Solidarität der Arbeitnehmer	78
1.	Grundlage und Begriff der Solidarität	78
2.	Umfang der Solidarität	81
	a) Solidarität zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern	81
	b) Solidarität zwischen Arbeitern und Angestellten	82
3.	Einzelne Rechtsfolgerungen	86
	a) Lohnverlust der Arbeitswilligen sowohl bei einem Streik im eigenen als auch bei einem Streik in einem fremden Zulieferbetrieb	86
	b) Keine Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem wilden Streik	86
	c) Keine Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einer durch Streikposten verursachten Unmöglichkeit der Arbeitsaufnahme	89
	d) Keine Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem dem Streik gleichzusetzenden Verhalten der Arbeitnehmer	89
4.	Kein Lohnverlust bei Betriebsstillegungen infolge Individualverhaltens einzelner Arbeitnehmer	90
IV.	Zur Frage eines Verschuldens des Arbeitgebers am Ausbruch des Streiks	91
V.	Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der arbeitswilligen Arbeitnehmer	93
VI.	Zusammenfassung des Ergebnisses	96

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare

- Dietz Betriebsverfassungsgesetz,
3. Aufl., München und Berlin 1960
- Hueck Handbuch des Arbeitsrechts, II. Buch :
Arbeitsvertragsrecht, Stuttgart 1922
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,
I. Bd., 6. Aufl.,
Berlin und Frankfurt a.M. 1955/57;
II. Bd., 6. Aufl.,
Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht,
5. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1957
- Lotmar Der Arbeitsvertrag,
II. Bd., Leipzig 1908
- Mansfeld-Pohl Die Ordnung der nationalen Arbeit,
Kommentar, 2. Aufl., Berlin - Leipzig - Mannheim -
München 1934
- Maus Handbuch des Arbeitsrechts,
Frankfurt a.M.
- Nikisch Arbeitsrecht,
I. Bd., 1. Aufl., Tübingen 1951;
I. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1955
- Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht,
Berlin 1923
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
79. Aufl., München und Berlin 1960
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung
der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesge-
richtshofes, Kommentar,
II. Bd., 11. Aufl., Berlin 1959
- Schnorr von Arbeitsrecht,
Carolsfeld 2. Aufl., Göttingen 1954

- | | |
|----------------------|---|
| Sinzheimer | Grundzüge des Arbeitsrechts,
2. Aufl., Jena 1927 |
| Staudinger-Nipperdey | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
II. Bd., 2. Teil, 9. Aufl., München - Berlin - Leipzig 1927
II. Bd., 3. Teil, 11. Aufl., Berlin 1958 |
-
- | | |
|------------------------|--|
| Der Grosse Herder | Nachschlagewerk für Wissen und Leben,
8. Bd., 5. Aufl., Freiburg 1956 |
| Statistisches Jahrbuch | Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland
1959,
Stuttgart und Mainz 1959 |

II. Dissertationen und Einzelschriften

- | | |
|--|--|
| Aulike | Lohnzahlung bei Teilstreik,
Diss., Erlangen 1933 |
| Böttcher | Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer
im kollektiven Arbeitsrecht,
Karlsruhe 1956 |
| Dersch - Flatow -
Hueck - Nipperdey | Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht,
I. Bd. (1919/1926), Mannheim - Berlin - Leipzig |
| Erdmann | Von der Wandlung zum sozialen Recht,
Heidelberg 1932 |
| Harmsen | Lohnzahlung bei Betriebsstockungen,
Diss., Berlin 1925 |
| Hedemann | Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung,
Jena 1923 |
| Jaenecke | Das Betriebsrisiko,
Diss., Göttingen 1933 |
| Jorns | Das Betriebsrisiko,
Heidelberg 1957 |
| Krüger | Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers,
Diss., Göttingen 1933 |

Molitor - Hueck - Riezler	Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim - Berlin - Leipzig 1925
Oppenheimer	Die Lehre von der Belegsgemeinschaft und das Teil- streikproblem, Diss., Frankfurt 1927
Prym	Zur Frage des Betriebsrisikos, Diss., Erlangen 1930
Schwerd	Kann das Betriebsrisikoproblem vom Gesetzgeber be- friedigend gelöst werden ? Diss., Erlangen 1951
Siebrecht	Das Recht im Arbeitskampf, 2. Aufl., Köln 1956
Simson	Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, Saalfeld 1925

III. Aufsätze

Adler	Annahmeverzug oder Betriebsgefahr ? Arbeitsrecht 1922, Sp. 353/354
"Bundesregierung"	Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage im Bundestag, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Drucksache 387
Bürger	Die Lehre vom Betriebsrisiko, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Ar- beitsrecht, 1955, S. 365
Bürger	Betriebsrisiko und Streik, Der Arbeitgeber 1957, S. 473
"Der Angestellte"	Angestellte beim Teilstreik rechtlos ? Der Angestellte 1958, Nr. 5, S. 6
"Der Arbeitgeber"	Arbeitskampf und Betriebsrisiko, Der Arbeitgeber 1957, S. 846
"Deutsche Zeitung"	Angestellte büßen für Arbeiterstreik, Deutsche Zeitung mit Wirtschaftszeitung, Jahrgang 13, Nr. 8 vom 29. 1. 1958

Galperin	Zur Theorie der Lehre von der Betriebsgefahr, Recht der Arbeit 1949, S. 8
Gross	Die Lösung des Betriebsrisikoproblems in arbeitsrechtlicher Sicht, in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, IV, S. 114
Herschel	Der Lohnanspruch des Arbeitswilligen im Falle eines Teilstreiks, Arbeitsrecht 1923, Sp. 681/682
Hoeniger	in R. Stammler, Das gesamte deutsche Recht, 1930, S. 150
Kaskel	Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1922, Sp. 1
Kauffmann	Das Betriebsrisiko nach der Rechtsprechung des BAG, Der Betrieb 1957, S. 845
König	Das Problem des Betriebsrisikos, Recht der Arbeit 1948, S. 54
Müller	Die dem Einzelarbeitsverhältnis vom Arbeitsverband her innewohnende Beeinflussung, Der Betrieb 1958, S. 741
Natzel	Streik und Betriebsrisiko, Der Betrieb 1958, S. 572
Neumann	Betriebsrisiko, Arbeitsrechts-Praxis 1928, S. 219
Nikisch	Der Anstellungsvertrag, 4. Kapitel : Die Lohnzahlungspflicht, Jherings Jahrbücher, Bd. 80, S. 1, 89
Nikisch	Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht, Recht der Arbeit 1953, S. 81
Nörpel	Betriebsrisiko; Lohnanspruch oder Unmöglichkeit der Leistung; soziale Arbeits- und Betriebsgemeinschaft, Arbeitsrechts-Praxis 1928, S. 193
Oppermann	Der Untergang des Bürgerlichen Gesetzbuches, Arbeitsrecht 1925, Sp. 255/256

Potthoff	Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis ? Arbeitsrecht 1922, Sp. 267
Potthoff	Das Tragen der Gefahr im Arbeitsrecht, Juristische Wochenschrift 1922, S. 551
Potthoff	Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Teilstreik, Arbeitsrecht 1923, Sp. 673/674
Potthoff	Die Verbundenheit der Belegschaft, Das Schlichtungswesen 1926, S. 145
Siebert	Beiträge zum System des geltenden Arbeitsrechts, Recht der Arbeit 1959, S. 167
Simson	Die Bedeutung des Solidaritätsgedankens für das Arbeitsrecht, Arbeitsrecht 1925, Sp. 417/418
Sinzheimer	Absatzstockung und Arbeitsvertrag. Ein Beitrag zur Lehre vom Betriebsrisiko, Arbeitsrecht 1924, Sp. 473/474
Sinzheimer	Das RAG zum Betriebsrisiko, Arbeitsrecht 1929, Sp. 223/224
Teichmann	Streik und Betriebsrisiko, Praxis des Kaufmanns 1958, Nr. 3, S. 121
Titze	Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, Juristische Wochenschrift 1922, S. 548
Trautmann	Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug, Gruchots Beiträge, Bd. 58, S. 434

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abt.	Abteilung
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 30. 1. 1934
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Arbeitsrechts-Praxis	Arbeitsrechts-Praxis, Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung
ArbGeb	Der Arbeitgeber, Zeitschrift der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände
ArbGer	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Arbeitsrechtliches Nachschlagewerk
ArbR	Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung (Bensheimer)
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten, Arbeitsrechtliche Entscheidungssammlung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht
Bd.	Band
Betrieb	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
BetrVG.	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. 10. 1952
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896

BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
DAG	Deutsche Angestelltengewerkschaft
Der Angestellte	Der Angestellte, Organ der deutschen Angestelltengewerkschaft
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	Dissertation
DZ	Deutsche Zeitung mit Wirtschaftszeitung
Entsch.	Entscheidung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot
h. M.	herrschende Meinung
Jherings Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
LAG	Landesarbeitsgericht
Lb.	Lehrbuch
NZfAR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
PrdK	Praxis des Kaufmanns
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; amtliche Sammlung
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen

Sp.

Spalte

st. Rspr.

ständige Rechtsprechung

vgl.

vergleiche

Einleitung

Die Frage nach den Lohnansprüchen der arbeitswilligen Arbeitnehmer, die infolge eines Teilstreiks (1) oder eines Streiks in einem vorgeordneten Betrieb nicht arbeiten können, ist ein Abschnitt aus der Lehre vom Betriebsrisiko. Die Betriebsrisikolehre behandelt die Frage, welchen Einfluß eine weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer verschuldete Betriebsstillegung auf den Lohnanspruch des Arbeitnehmers hat; ob nämlich der Arbeitnehmer, der infolge einer Betriebsstörung nicht beschäftigt werden kann, seinen Lohnanspruch verliert, oder ob der Arbeitgeber den Lohn weiterzahlen muß (2).

Es gibt kaum eine Frage im Arbeitsvertragsrecht, die in Theorie und Praxis so sehr umstritten war und es zum Teil noch heute ist - insbesondere was die Begründung betrifft - wie dieses Problem. Rechtsprechung und Wissenschaft haben sich seit Jahrzehnten immer wieder mit der Verteilung des sogenannten Betriebsrisikos beschäftigt, ohne daß eine abschließende Klärung erzielt werden konnte. Das gilt besonders für die hier zu behandelnde Frage nach den Lohnansprüchen der arbeitswilligen Arbeitnehmer bei Arbeitskämpfen.

Welche Bedeutung diesem Problem auch heute noch zukommt wird ersichtlich, wenn man bedenkt, daß allein das Bundesarbeitsgericht binnen einer Frist von noch nicht einem Jahr gleich dreimal (3) angerufen wurde, zu Fragen der Verteilung des Betriebsrisikos im Falle eines Streiks Stellung zu nehmen. Aber nicht nur die Gerichte, sondern auch der Bundestag mußte sich kürzlich auf Grund einer Anfrage einiger Bundestagsabgeordneter mit einer Frage aus dem Teilstreikproblem befassen (4).

Zwar dürfte durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts das Problem für die Praxis zunächst erledigt sein. Dennoch erscheint eine theoretische Untersuchung dieser Fragen nicht überflüssig, da eine solche Untersuchung auch für die Praxis insofern noch von Bedeutung sein kann, als sie Anhaltspunkte und Hinweise für die Tragweite dieser höchstrichterlichen Entscheidungen ge-

- (1) Ein Teilstreik liegt vor, wenn nur ein Teil der Arbeitnehmer eines Betriebes streikt.
- (2) Das Problem des Betriebsrisikos wird somit ausschließlich im Hinblick auf die Gefahr des Lohnausfalls betrachtet. Die Bezeichnung "Lohnzahlungsrisiko" würde daher das Problem klarer und zutreffender kennzeichnen.
- (3) vgl. BAG vom 8. 2. 1957, AP Nr. 2 zu § 615 BGB; BAG vom 25. 7. 1957, AP Nr. 3 zu § 615 BGB; BAG vom 24. 1. 1958, AP Nr. 4 zu § 615 BGB.
- (4) vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Drucksache 199 und 387; abgedruckt in RdA 1958, 283.

ben kann.

Ziel der Arbeit ist daher, die von der Literatur und Rechtsprechung zur Lösung des Problems herangezogenen Rechtsgrundlagen aufzuzeigen und auf ihre Richtigkeit und Anwendbarkeit zu prüfen. Im Anschluß daran soll versucht werden, eine praktisch brauchbare Lösung zu finden und zu begründen.

Tatbestände und Rechtsprobleme

Bei dem hier zu untersuchenden Problem handelt es sich einmal um folgendes : Ein Teil der Arbeitnehmerschaft eines Betriebes, und zwar derjenige, der für den Betriebsablauf unbedingt erforderlich ist, stellt die Arbeit ein. Infolgedessen können die übrigen, arbeitswilligen Arbeitnehmer des Betriebes nicht beschäftigt werden. Es erhebt sich nun die Frage, ob diese mindestens äußerlich an dem Teilstreik nicht beteiligten Arbeitnehmer zu entlohnen sind oder nicht.

Der Teilstreik ist aber nur ein Fall der durch Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerschaft verursachten Betriebsstillegungen. Hierher gehört auch der Fall, daß ein Teil der Belegschaft durch passive Resistenz eine Betriebsstockung herbeiführt.

Wichtiger und bedeutsamer ist jedoch der Tatbestand des sogenannten betriebsfremden Streiks. Hierbei geht es um die Frage, ob die arbeitswilligen Arbeitnehmer eines Betriebes ihren Lohn beanspruchen können, wenn ihr Betrieb wegen eines Streiks in einem Zulieferbetrieb stillliegt und sie daher nicht beschäftigt werden können. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Arbeitnehmer eines Versorgungsbetriebes, nämlich eines Elektrizitätswerkes (1) oder einer Gasanstalt (2) streiken und infolgedessen die Maschinen des nachgeordneten Betriebes nicht laufen können.

Zu diesen verschiedenen Tatbeständen ergeben sich jeweils noch besondere Teilprobleme, die dann auftreten, wenn die streikenden und die arbeitswilligen Arbeitnehmer verschiedenen Gewerkschaften angehören oder wenn die Arbeitswilligen nicht organisiert sind, oder aber, daß der Streik nur von den Arbeitern eines Betriebes geführt wird, während sich die Angestellten des Be-

(1) vgl. den vom RG in RGZ 106, 272 entschiedenen Fall.

(2) ein solcher Tatbestand lag der Entscheidung des LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32 zugrunde.

riebes nicht daran beteiligen und ernsthaft arbeitswillig sind. In diesen Fällen ist zu untersuchen, welche Bedeutung es für die Lohnansprüche der arbeitswilligen Arbeitnehmer hat, daß sie derselben oder einer anderen Gewerkschaft angehören als die streikenden Arbeitnehmer oder daß sie nicht organisiert sind. Ferner ist zu prüfen, ob es gerechtfertigt ist, hinsichtlich des Lohnanspruchs der Arbeitswilligen danach zu unterscheiden, ob es sich um Angestellte oder Arbeiter handelt.

Schließlich ist noch die Frage zu untersuchen, ob es für die Beurteilung der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers rechtserheblich ist, daß die Betriebsstillegung nicht auf einem gewerkschaftlich organisierten, sondern auf einem "wilden Streik" (1) beruht, sei es, daß ein solcher Streik in einem fremden vorgeordneten, sei es, daß er als Teilstreik im eigenen Betrieb stattfindet.

Daß die streikenden Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch haben, ergibt sich aus §§ 614, 320, 325 BGB und bedarf keiner näheren Erörterung.

(1) Unter einem "wilden Streik" versteht man allgemein die Arbeitseinstellung einer Arbeitnehmergruppe, hinter der keine Gewerkschaft steht; so Siebrecht, a. a. O., S. 14.

Die Behandlung des Problems in der Literatur und Rechtsprechung

A. Literatur und Rechtsprechung bis 1945

I. Die älteren Lösungsversuche

1. Die Lehre von der Unmöglichkeit der Dienstleistung und vom Annahmeverzug des Arbeitgebers.

Ursprünglich ist man bei der Beantwortung der Frage, ob die Arbeitswilligen bei einem Teilstreik ihren Lohnanspruch behalten, von den Vorschriften des BGB ausgegangen. Dabei standen sich vor allem zwei Hauptansichten, nämlich die Unmöglichkeitslehre (1) und die Lehre vom Annahmeverzug (2) gegenüber. Das Problem spitzte sich zu der Frage zu: Besteht für die arbeitswilligen Arbeitnehmer, die infolge des Streiks ihrer Arbeitskollegen nicht arbeiten können, eine Unmöglichkeit der Leistung, die sie nach § 275 BGB von ihrer Dienstleistungsverpflichtung befreit, ihnen aber auch umgekehrt nach § 323 BGB den Lohnanspruch nimmt, oder ist der Arbeitgeber dadurch, daß er die Dienste der Arbeitswilligen nicht annehmen kann, gemäß § 293 BGB ohne Rücksicht auf ein Verschulden in Annahmeverzug geraten und nach § 615 BGB zur Lohnfortzahlung an die arbeitswilligen Arbeitnehmer verpflichtet (3).

Die Vertreter der Unmöglichkeitslehre gingen davon aus, daß der Arbeitgeber von den Arbeitnehmern nicht Arbeit schlechthin, sondern die "konkrete zur völligen Perfektion gelangende Arbeitsleistung, die für ihn allein Wert hat", verlangen könne (4). Wenn der Arbeitnehmer diese aber

-
- (1) vertreten von Lotmar, a. a. O., 1. Bd., S. 361; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 9. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. II 2 b;
 - (2) vertreten von Trautmann, Gruchots Beiträge, Bd. 59, S. 434; Sinheimer, Lb., a. a. O., S. 189;
 - (3) Zu erwähnen ist noch eine dritte von Kaskel, in NZfAR 1922, Sp. 1 ff., vertretene Auffassung, daß der Arbeitgeber, da er zur Bereitstellung eines ordnungsmäßig funktionierenden Betriebes verpflichtet sei, in Schuldnerverzug gerate und dem Arbeitswilligen daher nur bei einem Verschulden des Arbeitgebers der Lohn zustehe.
 - (4) so Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 9. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. II 2 b;

nicht bewirken könne, wobei es gleichgültig sei, ob die Unmöglichkeit der Erfüllung auf dem Fehlen eines Arbeitssubstrats oder auf einem Verhalten der Arbeitnehmer beruhe, so liege Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des BGB vor. Die Arbeitswilligen würden daher gemäß § 323 BGB ihren Lohnanspruch verlieren.

Demgegenüber nahmen die Vertreter der Annahmeverzugslehre an, daß der Arbeitnehmer nur verpflichtet sei, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Bei einem Teilstreik sei daher den arbeitswilligen Arbeitnehmern ihr Leistungsanteil möglich geblieben und ordnungsmäßig von ihnen angeboten worden. Es habe vielmehr der Arbeitgeber, dessen Betrieb nicht ordnungsmäßig funktioniere, eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung versäumt (1). Der Arbeitgeber gerate daher in Annahmeverzug und müsse den Arbeitswilligen gemäß § 615 BGB den Lohn weiterzahlen.

Oertmann, der sich zwar ebenfalls zur Annahmeverzugslehre bekannte (2), erschien jedoch diese Folgerung zu weitgehend. Er machte für den Fall des Teilstreiks eine Ausnahme mit der Begründung, daß hier der Urgrund für die Betriebsstillegung auf der Seite der Arbeitnehmer liege. Da aber der rechtspolitische Sinn der Annahmeverzugsregelung darin bestehe, daß der Gläubiger nur die Nachteile derjenigen Hindernisse zu tragen habe, die in seinem Geschäfts- oder Einwirkungsbereich liegen, so brauche der Arbeitgeber in diesem Falle den Arbeitnehmern keinen Lohn zu zahlen (3). Es sei zwar bei einem Teilstreik das Arbeitshindernis nicht bei den arbeitswilligen Arbeitnehmern persönlich entstanden, aber doch immerhin innerhalb der gleichen sozialen Gruppe, der auch sie angehören. Unter Berufung auf die unter den Arbeitnehmern bestehende Solidarität sei es daher gerechtfertigt, den Arbeitswilligen bei einem Teilstreik den Lohn zu versagen. Diesen Grundsatz will Oertmann jedoch nur für den Teilstreik im eigenen Betriebe gelten lassen. Bei einem Streik im Zulieferbetrieb soll dagegen der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten und zur Lohnfortzahlung an die Arbeitswilligen seines Betriebes verpflichtet sein.

Auch Titze (4), der sich später - unter Aufgabe der von ihm vorher vertretenen Unmöglichkeitslehre - der Lehre vom Annahmeverzug angeschlossen hat, verneinte bei einem Teilstreik den Lohnanspruch der ar-

(1) so Trautmann, Gruchots Beiträge, Bd. 59, S. 434;

(2) vgl. Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 170.

(3) so Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, a. a. O. S. 170;

(4) so Titze, JW 1922, 548 (550).

beitswilligen Arbeitnehmer. Zur Begründung führte er aus, daß der Arbeitgeber in diesem Fall keine von ihm zu erwartende Mitwirkungshandlung bei der Beschaffung der Arbeitssubstrate versäumt habe und somit kein Annahmeverzug vorläge. Eine andere Auffassung, die darauf hinausliefe, daß es dem Arbeitgeber als dem Herrn im Hause obliege, das für die Weiterführung des Betriebes erforderliche Personal zusammenzuhalten, sei allenfalls unter der Herrschaft früherer patriarchalischer Wirtschaftssysteme am Platz gewesen; heute, wo die Arbeitnehmerschaft dem Arbeitgeber im wesentlichen als gleichmächtige Vertragspartei gegenüberstehe, ließe sich eher umgekehrt sagen, daß es Sache der Arbeitnehmerschaft sei, wenn sie den ungestörten Fortgang des Betriebes wünsche, dafür zu sorgen, daß der Betriebsablauf nicht durch einen Streik gestört werde. Auf Grund des Prinzips der "balance of power" sei daher in einer durch Teilstreik verursachten Betriebsstillegung kein Annahmeverzug des Arbeitgebers zu erblicken.

2. Die Lehre vom gemeinsamen Angebot.

Die Lehre vom gemeinsamen Angebot der Leistung, die hauptsächlich von Hoeniger (1) und Jaenecke (2) vertreten wurde, befürwortete ebenfalls eine Lösung unter Anwendung der Vorschriften des BGB. Hierbei sollte jedoch die durch die technischen Neuerungen in den Betrieben veränderte Lage gebührend berücksichtigt werden. Die Vertreter dieser Auffassung wandten sich infolgedessen gegen die von der herrschenden Lehre vertretene Ansicht, daß der einzelne Arbeitnehmer bei Abschluß des Arbeitsvertrages lediglich seine Arbeitsleistung, losgelöst von der seiner Arbeitskollegen verspreche. Der Arbeitnehmer verpflichte sich vielmehr, da er wisse, daß in den heutigen maschinell eingerichteten Großbetrieben seine Arbeit, ohne die der anderen Arbeitnehmer wertlos sei, seine Leistung im Zusammenhang mit der seiner Arbeitskollegen zu erbringen (3). Zwar werde eine solche Vereinbarung nicht in diesem Wortlaut in den Arbeits- oder Tarifvertrag aufgenommen, sie sei aber vorhanden als etwas "stillschweigend Selbstverständliches".

Nach dieser Lehre kann also der einzelne Arbeitnehmer seine Leistung nur richtig und wirksam anbieten, wenn auch die anderen Arbeitnehmer bereit sind, ihre Leistung zu erbringen. Im Falle des Teilstreiks sei daher - so folgerte Jaenecke (4) - die von den einzelnen arbeitswilligen Ar-

(1) vgl. Hoeniger, a. a. O., S. 150;

(2) vgl. Jaenecke, a. a. O., S. 54;

(3) so Jaenecke, a. a. O., S. 56; Adler, ArbR. 1922, 353, (359).

(4) so Jaenecke, a. a. O., S. 56;

beitnehmern angebotene Leistung nicht die vereinbarte. Da es den Arbeitswilligen somit unmöglich sei, die vertragsgewollte Arbeit zu erbringen, werde der Arbeitgeber von seiner Lohnzahlungspflicht frei. Die arbeitswilligen Arbeitnehmer sollten ihren Lohnanspruch jedoch dann behalten, wenn die Stilllegung ihres Betriebes auf einen Streik in einem fremden Betrieb zurückzuführen ist. Ihnen sei nämlich in diesem Fall ihre Arbeitsleistung nicht unmöglich geworden, sofern sie nur in ihrer Gesamtheit dem Arbeitgeber ihre Dienste anbieten würden (1).

3. Die Solidaritätslehre

Nach Ansicht dieser von Potthoff (2) und Harmsen (3) vertretenen Lehre besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Dienstvertrag des BGB, der "Hingabe der Arbeitskraft als Vermögensobjekt" sei, und dem Arbeitsvertrag des modernen Arbeitsrechts, der aus dem alt-deutschen Treudienstvertrage erwachsen und "Hingabe als Mensch" sei. Der Arbeitsvertrag sei kein reines Austauschverhältnis im schuldrechtlichen Sinne, sondern bestehe aus einer Verbindung von personenrechtlichen und schuldrechtlichen Elementen, die den Arbeitnehmer zu Arbeit und Treue, den Arbeitgeber zu Entgelt und Fürsorge verpflichte. Aus diesem Grunde könnten die Vorschriften des BGB auf den modernen Arbeitsvertrag keine Anwendung finden.

Für die Vertreter dieser Lehre ist mit der Kennzeichnung des Arbeitsvertrages als ein personenrechtliches Verhältnis (4) auch schon die Entscheidung in der Frage der Lohnfortzahlung bei Betriebsstillegungen gefallen: Der Arbeitgeber sei Herr der Arbeitskraft der Arbeitnehmer und habe diese Arbeitskraft zu erhalten. Die Arbeitskraft sei von dem Menschen nicht zu trennen. Daher habe der Arbeitgeber, soweit der Arbeitnehmer seine Verpflichtung, an der Arbeitsstelle zu erscheinen, erfüllt habe, grundsätzlich den Arbeitnehmern den Lohn zu zahlen (5). Eine Lohnzahlungspflicht bestehe aber nicht, wenn die Betriebsstillegung auf das Verhalten der Arbeitnehmer zurückzuführen sei. Hier trete die Außenwirkung des Arbeitsvertrages als Kollektiverscheinung ein (6).

(1) so Jaenecke, a. a. O., S. 59;

(2) vgl. Potthoff, ArbR. 1922, 267; JW 1922, 551; ArbR. 1923, 673;

(3) vgl. Harmsen, a. a. O., S. 81 ff.

(4) Diese Lehre wird daher auch manchmal als Personenrechtstheorie bezeichnet; so z. B. von Krüger, a. a. O., S. 29;

(5) so Harmsen, a. a. O., S. 81;

(6) so Harmsen, a. a. O., S. 69;

Der Arbeitsvertrag dürfe nämlich nicht als Einzelercheinung betrachtet werden, vielmehr griffen die einzelnen Arbeitsverhältnisse ineinander über. Diese Tatsache und der Umstand, daß durch das Betriebsrätegesetz und durch die Tarifvertragsordnung eine Betriebs- und Berufsgemeinschaft der Arbeitnehmer rechtlich anerkannt sei, müsse das Rechtsleben berücksichtigen. Hieraus erwachse innerhalb eines Betriebes eine solidarische Haftung der Arbeitswilligen für ihre streikenden Arbeitskollegen (1).

Über die Grenzen dieser solidarischen Verbundenheit gehen allerdings die Ansichten von Potthoff und Harmsen auseinander. Nach Potthoff (2) soll die Solidarhaft auch bei einem Streik in einem Zulieferbetrieb eintreten. Dem Umstand, daß die Arbeitswilligen und die Streikenden verschiedenen Organisationen angehören, mißt Potthoff keinerlei Bedeutung bei. Selbst für den Fall eines wilden Streiks verneint Potthoff den Lohnanspruch der Arbeitswilligen. Die Grenzen der Solidarhaft seien - so meint Potthoff (3) - erst da zu ziehen, wo der Streik nicht mehr die unmittelbare Ursache der Betriebsstillegung sei, insbesondere könne man ausländische Streiks unberücksichtigt lassen.

Demgegenüber lehnt Harmsen (4) die von Potthoff gefolgerte Solidarität aller Arbeitnehmer als zu weitgehend ab. Nach seiner Ansicht besteht eine Gemeinschaft der Arbeitnehmer nur innerhalb desselben Betriebes und innerhalb einer Gewerkschaft. Die Mitglieder verschiedener Gewerkschaften seien bei einem Streik nur dann füreinander verantwortlich und würden ihren Lohnanspruch verlieren, wenn ihre Organisationen zu einem Spitzenverband zusammengeschlossen seien und wenn es satzungs- oder übungsgemäß mit zu den Aufgaben dieses Spitzenverbandes gehöre, auf Kampfmaßnahmen der einzelnen Verbände einzuwirken.

(1) so Potthoff, JW 1922, 551 (554); Harmsen, a. a. O., S. 73;

(2) so Potthoff, ArbR. 1923, 673 (683);

(3) so Potthoff, ArbR. 1923, 673 (683);

(4) so Harmsen, a. a. O., S. 89;

II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts.

1. Die Einführung der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise durch das Reichsgericht.

Das in der Theorie so sehr umstrittene Problem der Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer beim Streik ist schon vor der berühmt gewordenen Entscheidung des Reichsgerichts vom 6.2.1923 (1) auf Grund seiner Wichtigkeit und praktischen Bedeutung häufig Gegenstand richterlicher Entscheidung gewesen (2). Angesichts der sich bei fast gleichem Tatbestand widersprechenden Entscheidungen der unteren Gerichte war die Stellungnahme des Reichsgerichts zu dieser Frage von größter Bedeutung.

Der Entscheidung des RG lag folgender Sachverhalt (3) zugrunde: Die Arbeiter des der Kieler Straßenbahngesellschaft gehörenden Elektrizitätswerkes waren in den Streik getreten. Infolgedessen kam der Straßenbahnbetrieb zum Erliegen. Das Fahrpersonal, das sich an dem Streik nicht beteiligt, sondern seine Dienste angeboten hatte, verlangte Lohn für die Zeit der Betriebsstillegung. Daraufhin klagte die Straßenbahngesellschaft gegen das arbeitswillige Fahrpersonal auf Feststellung, daß eine Lohnzahlungspflicht gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern nicht bestehe. Das RG gab der Klage des Arbeitgebers statt. In den entscheidenden Sätzen des Urteils, in denen die neue, die sogenannte "arbeitsrechtliche Betrachtungsweise" proklamiert wurde, heißt es wörtlich (4):

"Man darf aber, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des fürgerlichen Gesetzbuches ausgehen, muß vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen, wie sie sich seitdem entwickelt und in der Gesetzgebung der neuesten Zeit auch ausdrücklich Anerkennung gefunden haben. Das Bürgerliche Gesetzbuch trägt sozialen Rücksichten vielfach Rechnung, und das trifft namentlich für das Recht des Dienstvertra-

(1) RGZ 106, 272 ff.;

(2) Die von der Vereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände unter dem Titel "Unmöglichkeit der Leistung oder Annahmeverzug" herausgegebene Entscheidungssammlung umfaßt allein 3 Bände von Urteilen, die sich mit dem Betriebsrisikoproblem befassen.

(3) Da das Urteil des RG zum Ausgangspunkt für die gesamte spätere Literatur und Rechtsprechung zur Frage der Lohnzahlung an Arbeitswillige beim Streik wurde, erscheint eine eingehende Wiedergabe dieser Entscheidung angebracht.

(4) vgl. RGZ 106, 272 (275).

ges (vgl. §§ 617, 618, 619 u. a.) zu. Immer aber wird dabei nur das Rechtsverhältnis jedes einzelnen Dienstpflichtigen zum Dienstberechtigten betrachtet. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht also, den Verhältnissen seiner Entstehungszeit entsprechend, auf einem individualistischen Standpunkt. Inzwischen hat aber der Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft Ausbreitung und Anerkennung gefunden, der das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, wenigstens bei größeren Betrieben der hier vorliegenden Art, beherrscht. Von diesem Gedanken und damit von den tatsächlichen sozialen Verhältnissen aus ergibt sich eine Lösung im Sinne der Klägerin. Es handelt sich nicht mehr nur um das Verhältnis des einzelnen Arbeiters zum Arbeitgeber, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft, dem Unternehmertum und der Arbeiterschaft."

Das Reichsgericht führt dann weiter aus, daß zwar nach wie vor der Abschluß eines Einzelarbeitsvertrages Voraussetzung für das Tätigwerden des einzelnen Arbeitnehmers sei. Aber mit dem Einzelvertrage trete der Arbeitnehmer in die Arbeiterschaft und damit in die Gesamtorganisation des Betriebes, dessen Ergebnis nicht mehr vom Unternehmer allein mit seinem Kapital und seinen Arbeitsmitteln, sondern im gemeinschaftlichen Zusammenwirken von Unternehmer- und Arbeiterschaft gewonnen werde. Auf diesem Gedanken der gemeinsamen Arbeit beruhten auch die neueren Gesetze auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, insbesondere das Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920. Der Arbeitnehmer sei somit nicht mehr ein bloßes Werkzeug des Unternehmers, sondern ein lebendiges Glied der Arbeitsgemeinschaft. Dem entspreche es dann aber auch, daß, wenn diese Arbeitsgemeinschaft aus Gründen, die nicht vom Unternehmer ausgingen, versage, die Folgen nicht nur den Arbeitgeber treffen dürften.

Wörtlich heißt es dann :

"Das gemeinschaftliche Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft bildet die Grundlage des Betriebes. Der Betrieb aber und seine Erträge bilden wiederum die Grundlage für die Lohnzahlungen. Ist also der einzelne Arbeiter ein Glied der Arbeiterschaft und der zwischen dieser und dem Unternehmer bestehenden, die Grundlage des Betriebes bildenden Arbeitsgemeinschaft, dann ist es selbstverständlich, daß, wenn infolge von Handlungen der Arbeiterschaft der Betrieb stillgelegt wird und die Betriebseinnahmen versiegen, es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, für die Lohnzahlung aus anderen Mitteln zu sorgen" (1).

(1) so RGZ 106, 272 (276).

Dies müsse - so meint das Reichsgericht anschließend - auch für den hier zur Entscheidung anstehenden Fall gelten, in dem das Versagen der Arbeitsgemeinschaft nur von einem Teil der Arbeiterschaft ausgehe, während andere Arbeitnehmer des Betriebes arbeitswillig blieben. Es handele sich dabei nicht um eine Haftung der Arbeitswilligen für die Streikenden, sondern allein darum, daß mit der durch einen Teil der Arbeiterschaft verursachten Stilllegung des Betriebes die Grundlage für die Lohnzahlungen im Betriebe ganz allgemein weggefallen sei. Die Folge des Wegfalls dieser Grundlage für die Zahlungen müßten sich deshalb auch diejenigen Arbeitnehmer gefallen lassen, die sich dem Streik nicht angeschlossen hätten.

Die Notwendigkeit, den Arbeitgeber von der Lohnzahlungspflicht im Falle des Teilstreiks zu befreien, versucht das RG auch mit der praktischen Erwägung zu begründen, daß andernfalls der Arbeitgeber den Streik finanzieren würde. Es könnte nämlich, so führt das RG aus, möglich sein, daß nur ein kleiner Teil der Arbeitnehmerschaft mit einer für die Fortführung des Betriebes unentbehrlichen Tätigkeit durch seine Arbeitsniederlegung den gesamten Betrieb stilllegte und der Arbeitgeber den anderen, "arbeitswilligen" Arbeitnehmern den Lohn zahlen müßte, obwohl diese nur deshalb nicht arbeiten könnten, weil ihre Arbeitskollegen nicht arbeiteten.

Am Schluß seiner Entscheidungsgründe stützt das RG dieses aus den sozialen Verhältnissen gewonnene Ergebnis noch auf § 323 BGB. Es führt aus, den arbeitswilligen Arbeitnehmern sei die Leistung der versprochenen Dienste durch den Streik der Arbeitskollegen unmöglich geworden, so daß aus diesem Grunde die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers entfalle. Von einem Annahmeverzug des Arbeitgebers könne keine Rede sein, da die arbeitswilligen Arbeitnehmer außerstande gewesen seien, die angebotene Dienstleistung zu erbringen. (1).

2. Die Sphärentheorie des Reichsarbeitsgerichts.

Das RAG hat einige Jahre später diese vom RG vertretene Auffassung übernommen und in seinem grundlegenden Urteil vom 20. 6. 1928 (2) zu der sogenannten Sphärentheorie weiterentwickelt. Dieser Entscheidung lag - kurz gefaßt - folgender Sachverhalt zugrunde : Die Arbeitnehmer

(1) so RGZ 106, 272 (276);

(2) vgl. RAG, ARS 3, 116 ff.

einer Glashütte konnten infolge Kohlenmangels, der auf einen Streik in der Kohlenindustrie zurückzuführen war, nicht arbeiten. Sie verlangten für die Zeit der Stilllegung ihres Betriebes ihren Lohn. Das RAG lehnte den Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer ab. In seinen Urteilsgründen nimmt es den vom RG angeführten Gedanken der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft auf. Im einzelnen führt das Gericht aus : Durch seinen Eintritt in die Arbeitnehmerschaft werde der Arbeitnehmer organisches Mitglied des Betriebes. Auf diese Weise erlange er aber nicht nur eine Verbundenheit mit dem Betriebe, sondern auch mit dem Arbeitgeber. Infolge dieser Betriebsverbundenheit sei er auch zur Erhaltung des Betriebes und dessen Wirtschaftlichkeit mit seiner ganzen Arbeitskraft verpflichtet. Die Rechte der Arbeitnehmerschaft seien auf eine unterstützende Mitwirkung bei der Leitung des Betriebes erweitert worden. Diesen erweiterten Rechten ständen naturgemäß erweiterte Pflichten hinsichtlich der Mittragung einer gewissen Verantwortlichkeit für den Betrieb gegenüber. Da die Arbeitnehmer eines Betriebes für diesen einzustehen hätten, müßten sie auch die sich daraus ergebenden Nachteile auf sich nehmen. Die arbeitswilligen Arbeitnehmer könnten daher die Folgen von Betriebsstörungen nicht einfach damit ablehnen, daß sie ihre Arbeitskraft angeboten hätten und zur Leistung der Dienste bereit gewesen seien.

Da die Arbeitnehmerschaft am Vermögen und in der Regel auch am Ertrage des Betriebes keinen unmittelbaren Anteil habe, sei ihr Gefahrenkreis allerdings beschränkt. In welchem Umfang der Arbeitnehmer die Betriebsgefahren mitzutragen habe, sei jedoch nicht dem BGB zu entnehmen. Aus dem BGB könne nur der allgemeine Rechtsgedanke entnommen werden, daß die Folgen von Ereignissen, die eine Betriebsstörung verursachen, den treffen, der diese Ereignisse zu vertreten habe. Jeder Teil habe aber nicht nur sein Verschulden zu vertreten, sondern auch alles, was in den Kreis der von ihm zu tragenden Gefahren falle (1).

Ob ein solches Ereignis in den einen oder den anderen Gefahrenkreis falle, sei nach § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach den Umständen des Falles zu entscheiden (2).

Im folgenden stellt das RAG gewisse Richtlinien für die Beurteilung einzelner Fälle des Betriebsrisikos auf (3). Danach sollen in den Gefahren-

-
- (1) Auf Grund dieser Aufteilung in die verschiedenen Gefahrenkreise wurde die Ansicht des RAG als Sphärentheorie bezeichnet.
 - (2) so RAG, ARS 3, 116 (121);
 - (3) Eine völlige Wiedergabe der vom RAG aufgestellten Richtlinien erübrigt sich, da hier nur die Störung aus dem Bereiche der Arbeitnehmer behandelt wird.

kreis der Arbeitnehmer solche Ereignisse fallen, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft selbst beruhen. Hierunter rechnete das RAG vor allem den Fall des Teilstreiks. Es lehnte sodann - unter Hervorhebung der unter den Arbeitnehmern bestehenden Verbundenheit - die Lohnansprüche der nicht an dem Streik beteiligten arbeitswilligen Arbeitnehmer ab.

Das Reichsarbeitsgericht hat diese Ansicht in der Folgezeit in ständiger Rechtsprechung vertreten (1).

In der Zeit nach 1933 hat die Frage der Lohnfortzahlung im Falle eines Streiks allerdings keine Bedeutung mehr gehabt, da der Arbeitskampf mit den Grundgedanken der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung unvereinbar war und Streiks daher nicht durchgeführt werden konnten. Zwar hatte das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 Arbeitskämpfe nicht ausdrücklich verboten. Man folgerte dies jedoch einmal aus der Vorschrift des § 19 AOG, wonach die Treuhänder der Arbeit für die Erhaltung des Arbeitsfriedens zu sorgen hatten, zum anderen aus § 36 Ziffer 2 AOG, der die Gefährdung des Arbeitsfriedens im Betriebe "durch böswillige Verhetzung der Gefolgschaft" als einen Verstoß gegen die soziale Ehre unter Strafe stellte (2). So führt das Soziale Ehrengericht Mitteldeutschland in seinem Urteil vom 19. 11. 1934 (3) zu dieser Frage aus :

"Im nationalsozialistischen Staat sind Arbeitskämpfe undenkbar. Zwar sind sie nicht ausdrücklich verboten, ihre Unzulässigkeit ergibt sich aber aus dem AOG, das die Gemeinschaftsarbeit zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat in den Vordergrund stellt. Arbeitskämpfe verstoßen daher gegen die sozialen Ehrenpflichten. Wer zu ihnen auffordert, verletzt gröblich die Gebote der sozialen Ehre".

B. Literatur und Rechtsprechung nach 1945

I. Die von der Literatur vorgeschlagenen Lösungswege

In den ersten Jahren nach Kriegsbeendigung setzte der alte Streit, ob bei der Lösung des Betriebsrisikoproblems von den Vorschriften des BGB ausge-

(1) vgl. RAG, ARS 5, 32; ARS 7, 305; ARS 8, 407;

(2) so Mansfeld-Pohl, a. a. O., Vorbem. vor § 18 AOG;

(3) vgl. Soziales Ehrengericht Mitteldeutschland, ARS 26, 2. Abt., S. 193.

gangen werden müsse oder ob die vom Reichsarbeitsgericht entwickelte Sphärentheorie anzuwenden sei, mit unverminderter Heftigkeit wieder ein. Mit dem Wiederaufleben von Arbeitskämpfen wurde auch die Frage nach den Lohnansprüchen arbeitswilliger Arbeitnehmer, die infolge Streiks nicht arbeiten können, wieder akut.

Wenn auch heute in der Literatur darin Übereinstimmung herrscht, daß im Falle eines Teilstreiks innerhalb des gleichen Betriebes den Arbeitswilligen kein Lohnanspruch zustehen soll, so bestehen jedoch, was die übrigen Tatbestände betrifft (1), bei den verschiedenen Autoren erhebliche Meinungsverschiedenheiten, dies sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung.

1. Die zivilistische Betrachtungsweise

Als Vertreter, die eine Lösung des Problems unter Anwendung der Vorschriften des BGB befürworten, sind König und Dersch zu nennen.

a) Der von König vorgeschlagene Lösungsweg

König (2) lehnt eine arbeitsrechtliche Lösung des Problems ab, da nach seiner Ansicht eine Lücke im Gesetz nicht vorliegt. Er befürwortet daher im Interesse der Rechtssicherheit eine Lösung auf der Grundlage des BGB. König stellt sich hinter die Annahmeverzugslehre, da sie allein den Grundsatz, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen habe, aus den Gesichtspunkten des § 615 BGB überzeugend entwickelt habe. Er räumt allerdings ein, daß dieser Grundsatz nicht schrankenlos durchgeführt werden könne. Zwar müsse, so meint König, streng genommen auch im Falle eines Teilstreiks davon ausgegangen werden, daß der Arbeitgeber gegenüber den arbeitswilligen Nichtstreikenden in Annahmeverzug gerate und daher das damit heraufbeschworene Risiko zu tragen habe. In diesem Falle müsse aber eine Einschränkung der Leistungspflicht des Arbeitgebers erfolgen, und zwar derart, daß der Arbeitgeber berechtigt sei, den arbeitswilligen Arbeitnehmern fristgerecht zu kündigen. Durch die Kündigung könne sich der Arbeitgeber somit von einem Risiko befreien, das über den Kündigungstermin und die Kündigungsfrist andauern würde. Die Leistungspflicht des Arbeitgebers müsse jedoch auch ohne Kündigung allein durch den Ablauf der Kündigungsfrist begrenzt werden, wenn

-
- (1) z. B. Betriebsstillegung infolge Streiks im Zulieferbetrieb oder infolge eines "wilden Streiks";
 - (2) vgl. König, RdA 1948, 54 ff.

der Arbeitgeber die Kündigung in der Hoffnung auf spätere Fortführung des Betriebes unterlassen habe (1).

Da zudem der Begriff des Annahmeverzuges der Beurteilung nach Treu und Glauben unterliege, sei im übrigen ein Annahmeverzug gegenüber den Arbeitswilligen immer dann ausgeschlossen, wenn Anhalt dafür bestehe, daß diese mit den Streikenden sympathisierten und der Teilstreik nur aus taktischen Erwägungen geführt werde, um die finanziellen Folgen dem Arbeitgeber aufzubürden. Da nach der Lebenserfahrung in den meisten Fällen davon ausgegangen werden könne, daß die Arbeitswilligen mit den Streikenden sympathisierten, müsse von ihnen, falls sie auf ihren Lohnanspruch bestehen würden, der Nachweis verlangt werden, daß sie das Vorgehen ihrer Arbeitskollegen mißbilligten und ernsthaft zur Arbeit bereit seien (2). Umgekehrt müsse dann, wenn durch einen Streik in einem fremden Betrieb der eigene Betrieb zum Stillstand komme, der Arbeitgeber beweisen, daß ein innerer Zusammenhang zwischen jener Kampfhandlung und den äußerlich daran nicht beteiligten Arbeitnehmern seines Betriebes bestehe, um einen Annahmeverzug und damit seine Lohnzahlungspflicht auszuschließen. Mit diesen Gesichtspunkten, so meint König abschließend, dürfte man der Lage besser gerecht werden, als wenn man aus dem Gesichtspunkt der Sphärentheorie eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers im Falle des Teilstreiks schlechthin ausschließe (3).

b) Die von Dersch (4) vertretene Ansicht

Dersch lehnt ebenfalls eine Lösung des Teilstreikproblems unter Anwendung arbeitsrechtlicher Gedankengänge ab. Er wendet sich insbesondere gegen die Sphärentheorie, die ein Außerkraftsetzen von Grundvorschriften des BGB bedeute auf Grund allgemeiner soziologischer Erwägungen, deren Richtigkeit im einzelnen zudem sehr umstritten sei. Eine von der Literatur und Rechtsprechung vorgeschlagene arbeitsrechtliche Lösung sei nur allzu geeignet, einen Zustand der Rechtsungeßigkeit herbeizuführen. Gehe man indes von den Vorschriften des BGB aus, so gelange man im Falle einer Betriebsstillegung zur grundsätzlichen Anwendung der Vorschriften über den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Hiernach habe der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen und sei zur Lohnzahlung an die Arbeitnehmer verpflichtet.

(1) so König, a. a. O., S. 58/59 ;

(2) so König, a. a. O., S. 60;

(3) vgl. Anm. 2;

(4) vgl. Dersch, Lb., a. a. O., S. 169.

Nach Dersch soll auch für den Fall des Teilstreiks grundsätzlich nichts anderes gelten, so daß der Arbeitgeber bei einem Teilstreik gegenüber den Arbeitswilligen in Annahmeverzug gerät und ihnen den Lohn weiterzuzahlen hat. Es sei allerdings zu prüfen, so führt Dersch weiter aus, ob nicht die Arbeitswilligen ihre Dienste nur zum Schein anbieten würden, so daß aus diesem Grunde ihr Lohnanspruch entfielen.

2. Die arbeitsrechtliche Betrachtungsweise

a) Die Lehre von der Aussperrungspflicht des Arbeitgebers (Nipperdey, Bötticher)

Nipperdey, der bislang bei einer Betriebsstillegung infolge Teilstreiks eine Unmöglichkeit der Leistung der arbeitswilligen Arbeitnehmer annahm und ihnen gemäß § 323 BGB den Lohn versagte (1), vertritt diese Ansicht neuerdings nicht mehr (2). Er ist der Ansicht, daß im Hinblick auf die im Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955 (3) vertretene Auffassung vom Wesen des Arbeitskampfes auch das Teilstreikproblem neu zu sehen sei. Nipperdey meint daher, der Arbeitgeber habe nunmehr im Falle eines Teilstreiks die Möglichkeit, die arbeitswilligen Arbeitnehmer ohne Einhaltung einer Frist auszusperrern. Hierbei stehe es dem Arbeitgeber frei, Gesamtlösung oder Suspendierung zu wählen. Auf Grund dieser Entscheidung des BAG könne vom Arbeitgeber verlangt werden, von einer dieser Möglichkeiten Gebrauch zu machen, anderenfalls gerate er in Annahmeverzug und sei den Arbeitswilligen gegenüber zur Lohnzahlung verpflichtet. Eine Ausnahme läßt Nipperdey nur für den Fall gelten, daß die arbeitswilligen Arbeitnehmer bei einem Teilstreik mit den Streikenden sympathisierten und ihre Arbeit nur zum Schein anbieten würden (4).

Bötticher (5) verneint die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bei einem Teilstreik ebenfalls nur dann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitswilligen ausgesperrt hat. Zu einer solchen Abwehraussperrung der ganzen Belegschaft sei der Arbeitgeber bei einem Teilstreik ohne Einhaltung einer

-
- (1) vgl. Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 9. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. II 2 b;
 - (2) vgl. Hueck-Nipperdey, a. a. O., 2. Bd., 6. Aufl., S. 617;
 - (3) vgl. BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG;
 - (4) so Nipperdey in Hueck-Nipperdey, 2. Bd., 6. Aufl., S. 617, Anm. 48;
 - (5) vgl. Bötticher, a. a. O., S. 12.

Kündigungsfrist berechtigt.

Nach Bötticher soll jedoch der Lohnanspruch der Arbeitswilligen auch ohne Aussperrung dann entfallen, wenn es sich bei den Arbeitswilligen um Gesinnungsgenossen der Streikenden handle, "die aus taktischen Gründen mit einer Minderheit gewissermaßen als Brechstange arbeiten wollen" (1). Nur für diesen Fall will Bötticher den Gedanken der Arbeitnehmersolidarität angewendet wissen, um die Lohnansprüche der arbeitswilligen Arbeitnehmer zu verneinen. Die solidarische Verantwortung könne aber keinesfalls dann zur Versagung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen herangezogen werden, wenn die arbeitswilligen Arbeitnehmer nur deshalb nicht arbeiten könnten, weil in einem Zulieferbetrieb gestreikt würde.

b) Die Lehre von der Belegschaftssolidarität (Galperin, Schwerd)

Galperin (2), der zwar eine Lösung des Teilstreikproblems unter Anwendung arbeitsrechtlicher Gedankengänge befürwortet, lehnt jedoch eine Abgrenzung nach Gefahrenkreisen oder Sphären zur Lösung dieser Fragen ab. Die Entscheidung darüber, ob den arbeitswilligen Arbeitnehmern ein Lohnanspruch zustehe, soll nach ihm allein davon abhängen, ob und in welchem Umfange unter den Arbeitnehmern eine Verbundenheit besteht. Er meint, man müsse davon ausgehen, daß die Belegschaft eines Betriebes untereinander solidarisch verbunden sei. Diese innerhalb des Betriebes bestehende Solidarität der Arbeitnehmerschaft, die sie innerhalb der Betriebsgemeinschaft zur Partei und zum sozialen Gegenspieler des Arbeitgebers mache, binde die Mitglieder dieser Partei untereinander an die Folgen, die ein kollektives Handeln der eigenen Gruppe verursacht habe. Aus diesem Grunde sei der Arbeitgeber im Falle eines Teilstreiks innerhalb des Betriebes zur Lohnzahlung an die arbeitswilligen Arbeitnehmer nicht verpflichtet. Diesem für die Lösung ausschlaggebenden soziologischen Argument der Belegschaftssolidarität entsprächen auch die rechtlichen Verhältnisse. Denn der Arbeitsvertrag sei ein personenrechtlicher Vertrag zur Zusammenfassung von Menschen zur gemeinsamen Leistung. Da der einzelne Arbeitnehmer mit seinen Arbeitskollegen aufs engste verbunden sei, so gewinne die Teilarbeit des einzelnen Wert und Sinn erst in der Zusammenfügung mit den Arbeitsleistungen der anderen. Der Wegfall der von den anderen Arbeitskollegen zu erbringenden Arbeitsleistung berühre daher in rechtlicher Beziehung unmittelbar den einzelnen Arbeitsvertrag, da dieser ein Glied einer geordneten Kette solcher Verträge sei und den Gesetzmäßigkeiten derselben unterworfen sei.

(1) so Bötticher, a. a. O., S. 13;

(2) vgl. Galperin, RdA 1949, 8 ff.

In folgerichtiger Durchführung seiner Ansicht, daß eine Solidarität der Arbeitnehmer nur innerhalb des einzelnen Betriebes besteht, bejaht Galperin die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn der Betriebsstillstand auf einen Streik in einem fremden Betrieb zurückzuführen ist. Die rechtlichen Folgen der Solidarität - so führt Galperin hierzu aus - (1) gingen nicht so weit, daß sie eine Haftung auch für das Handeln betriebsfremder Arbeitnehmergruppen einschließen würden, zumal die Streikenden vielleicht sogar organisatorisch oder politisch auf einem völlig anderen Standpunkt stehen können als die Arbeitnehmer des streikbetroffenen Betriebes.

Darüber, ob Angestellte und Arbeiter hinsichtlich ihres Lohnanspruchs bei einem Teilstreik gleichzubehandeln sind oder was im Falle eines wilden Teilstreiks zu gelten hat, verhält sich Galperin nicht.

Schwerd (2) verneint ebenso wie Galperin den Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer im Falle eines Teilstreiks innerhalb des Betriebes mit dem Hinweis auf die unter den Arbeitnehmern des betreffenden Betriebes bestehende Solidarität. Er führt im einzelnen hierzu aus, daß die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht mehr isoliert gegenüberstünden, vielmehr inner- wie überbetrieblich zusammengeschlossen seien. Dies komme besonders deutlich in den bestehenden Betriebsrätegesetzen und in der rechtlichen Anerkennung der Arbeitnehmerorganisationen zum Ausdruck. Da dieser kollektive Zusammenschluß der Arbeitnehmerschaft häufig zu erheblichen Vorteilen gereiche, so entspräche es auch umgekehrt durchaus dem Rechtsempfinden, wenn man das kollektive Moment einmal zum Nachteil der Arbeitnehmerschaft berücksichtige.

Des weiteren führt Schwerd zur Begründung seiner Ansicht die rein praktische Erwägung an, daß der Arbeitgeber, falls man ihm die Lohnzahlungspflicht aufbürden würde, den gegen ihn gerichteten Streik noch finanzieren müßte.

Auch bei einer Betriebsstillegung infolge Streiks in einem Lieferbetrieb will Schwerd im Gegensatz zu Galperin den Lohnanspruch der Arbeitswilligen nicht grundsätzlich bejahen. Es sei vielmehr zu prüfen, ob nicht auch zwischen den Arbeitnehmern des streikenden und des streikbetroffenen Betriebes eine Solidarität bestehe. Eine solche überbetriebliche Solidarität sei immer dann gegeben, wenn die Arbeitswilligen mit den Streikenden in einem gewerkschaftlichen Spitzenverband organisatorisch zusammengeschlossen seien. In diesem Falle bestehe über die gemeinschaftliche Organisation eine Einwirkungsmöglichkeit der Arbeitswilligen auf die Streikenden, so daß es gerechtfertigt sei, diesen arbeitswilligen Arbeitnehmern ihren Lohn zu versagen.

(1) so Galperin, RdA 1949, 8 (12);

(2) vgl. Schwerd, a. a. O., S. 59.

Zur Frage des wilden Teilstreiks nimmt Schwerd keine Stellung. Ebenso unterläßt er es, darauf einzugehen, ob und wie weit zwischen Arbeitern und Angestellten eine solidarische Verbundenheit besteht.

c) Die Lehre von der Gewerkschaftssolidarität (Jorns)

Nach Jorns (1) hat eine Lösung des Teilstreikproblems unter Zugrundelegung der heutigen Anschauungen über das Verhältnis von Individualismus und Kollektivismus zu erfolgen. Zwar habe - so führt Jorns hierzu aus - das mächtige Vordringen des Kollektivismus unser Arbeitsrecht von Grund aus umgestaltet, doch dürfe dies nicht dazu führen, den Arbeitnehmer nur noch als Glied eines Kollektivs zu sehen.

Diese Spannung von Kollektivismus und Individualismus, die unser Arbeitsrecht beherrsche, trete bei dem Teilstreikproblem in dem Moment auf, in dem ein Teil der Arbeitnehmer den Streik nicht billige und ernsthaft arbeitswillig sei. Eine Verneinung des Lohnanspruchs würde in diesem Falle eine Bevorzugung des Kollektivs bedeuten, da hier das Individuum die Folgen von Handlungen des Kollektivs trage. Eine Bejahung des Lohnanspruchs bedeute hingegen eine Respektierung des Willens des Individuums.

Jorns stellt dann die Überlegung an, welcher Umstand es rechtfertigen könnte, dem Kollektiv den Vorzug zu geben. Er meint, daß ein Grund für eine Bevorzugung des Kollektivs und damit für einen Wegfall der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers in der Solidarität der Arbeitnehmer gesehen werden könnte. Eine solche Solidarität sei entweder denkbar zwischen den Arbeitnehmern eines Betriebes oder zwischen den in einer Organisation zusammengeschlossenen Arbeitnehmern.

In seiner weiteren Untersuchung lehnt Jorns dann eine Betriebs- oder Belegschaftssolidarität der Arbeitnehmer mit der Begründung ab, daß eine Verbundenheit der Arbeitnehmer eines Betriebes nur bestehe, soweit dies in den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes zum Ausdruck komme. Eine vermögensrechtliche Verbundenheit der Arbeitnehmer ließe sich diesem Gesetz aber nicht entnehmen.

Die Arbeitnehmer eines Betriebes bildeten aber auch keine Gemeinschaft im soziologischen Sinne, aus der möglicherweise eine Haftung der Arbeitnehmer füreinander gefolgert werden könnte. Die Arbeitnehmer eines modernen Betriebes setzten sich aus so heterogenen Elementen zusammen, daß nur in ganz seltenen Ausnahmefällen von einer echten Gemeinschaft gesprochen werden könne (2).

Eine Solidarität besteht nach Jorns vielmehr nur zwischen den in einer Ge-

(1) so Jorns, a. a. O., S. 154;

(2) so Jorns, a. a. O., S. 155.

werkschaft zusammengeschlossenen Arbeitnehmern. Denn, so argumentiert Jorns, wer sich einer Koalition anschließe, wisse oder müsse doch wissen, daß die Gewerkschaft möglicherweise zur Verwirklichung ihrer Ziele einen Streik ausrufe. Der organisierte Arbeitnehmer sei daher letztlich für die von seiner Gewerkschaft ausgerufenen Streiks mitverantwortlich, auch wenn er im Einzelfall mit dem Streik nicht einverstanden sei. Auf Grund dieser Erwägung hält Jorns es für gerechtfertigt, den arbeitswilligen Mitgliedern der streikenden Gewerkschaft den Lohn zu versagen (1).

Andererseits sollen aber die nicht der streikenden Gewerkschaft angehörenden arbeitswilligen Arbeitnehmer nach der Ansicht Jorns nicht ohne weiteres ihren Lohnanspruch behalten, sondern nur dann, wenn sie beweisen, daß sie das Verhalten ihrer Arbeitskollegen nicht billigten und ernsthaft arbeitswillig seien. Zur Begründung führt Jörn an, man müsse der Tatsache Rechnung tragen, daß von einem Streik in der Regel alle Arbeitnehmer profitierten.

Im Falle eines Streiks in einem Zulieferbetrieb soll nach dem von Jorns vorgeschlagenen Lösungsweg der Lohnanspruch der Arbeitswilligen des nachgeordneten Betriebes ebenfalls dann entfallen, wenn die arbeitswilligen Arbeitnehmer der streikenden Gewerkschaft angehören. Für die nichtorganisierten oder einer anderen Gewerkschaft angehörenden Arbeitswilligen soll die oben (2) angeführte Beweislastregel angewendet werden.

Bei einem wilden Streik bleibt nach dieser Auffassung der Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer bestehen, da der wilde Streik nicht Ausdruck einer gewerkschaftlichen Solidarität sei. Wolle der Arbeitgeber den Arbeitswilligen den Lohn nicht zahlen, so müsse er ihr Einverständnis mit dem Streik beweisen. Bei einem wilden Streik bestehe nämlich keine Vermutung dafür, daß die nichtstreikenden Arbeitnehmer den wilden Streik billigten (3).

Was die Frage betrifft, ob der Gehaltsanspruch der arbeitswilligen Angestellten bei einem lediglich von den Arbeitern betriebenen Streik entfällt, so kommt es nach den von Jorns entwickelten Grundsätzen wiederum darauf an, ob die arbeitswilligen Angestellten derselben Gewerkschaft angehören wie die Streikenden oder nicht. Fall sie einer anderen Gewerkschaft angehören oder gar nicht organisiert sind, soll wieder die bereits erwähnte Beweislastregel zur Anwendung kommen (4).

(1) so Jorns, a. a. O., S. 156;

(2) siehe vorhergehenden Absatz;

(3) so Jorns, a. a. O., S. 157;

(4) so Jorns, a. a. O., S. 157, Anm. 21.

- d) Die Lehre von der Gruppen- und Berufssolidarität (Hueck, Dietz, Bulla, Nikisch, Gross)

Dieser von der wohl herrschenden Meinung vorgeschlagene Lösungsweg wird im wesentlichen von zwei Gesichtspunkten getragen, nämlich dem Sphärengedanken und dem Gedanken der Arbeitnehmersolidarität. Obwohl unter den vorgenannten Autoren sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung weitgehende Übereinstimmung herrscht, so weichen sie doch - dies trifft insbesondere für Nikisch und Gross zu - in nicht unwesentlichen Punkten voneinander ab und schlagen entsprechende Modifikationen vor.

Hueck hat sich schon frühzeitig (1) zu der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung bekannt, daß sich eine Entscheidung der Streitfrage nicht den Vorschriften des BGB entnehmen lasse, sondern daß unter Berücksichtigung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden müsse. Hierbei müsse, so führte Hueck schon damals aus, insbesondere der kollektive Charakter des modernen Arbeitsrechts genügend gewürdigt werden. Durch die Schaffung des Betriebsrätegesetzes und die rechtliche Anerkennung der Gewerkschaften und der von ihnen geschlossenen Gesamtvereinbarungen habe sich die Stellung der Arbeitnehmer grundlegend und zwar zu ihrem Vorteil geändert. Hueck greift den vom RG geäußerten Gedanken auf, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht mehr isoliert als einzelner gegenüberstehe. Die Arbeitnehmer seien vielmehr zusammengeschlossen, einmal durch das Betriebsrätegesetz in der Arbeitnehmerschaft eines Betriebes und zum anderen freiwillig durch den Beitritt zu einer Gewerkschaft.

Hieraus folgert Hueck eine solidarische Verbundenheit der Arbeitnehmer. Aus diesem Gedanken der Arbeitnehmersolidarität und der Erwägung, daß bei einem Teilstreik die Betriebsstillegung aus der Sphäre der Arbeitnehmer stamme, lehnt Hueck den Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer ab (2).

Hueck, der diese Ansicht noch heute vertritt (3), verneint den Lohnanspruch der Arbeitswilligen auch dann, wenn die Betriebsstillegung auf einen Streik in einem fremden Betrieb zurückzuführen ist. Denn, so führt Hueck aus, die Solidarität der Arbeitnehmer sei nicht nur auf den einzelnen Betrieb beschränkt, sondern reiche, wie das Bestehen der Gewerkschaften zeige, über die Grenzen des einzelnen Betriebes hinaus. Auch der Umstand, daß die Arbeitswilligen vielleicht einer anderen Gewerkschaft angehören oder gar nicht organisiert seien, sei ohne Bedeutung für die Beurteilung der Frage des Lohnanspruchs bei einem Streik. Denn einmal hätten

(1) vgl. Hueck, Anm. zu RG, JW 1923, 831;

(2) so Hueck, in "Die Rechtsprechung des RG", a. a. O., 1. Bd., S. 344;

(3) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 319, 321.

die verschiedenen Gewerkschaften die Möglichkeit, aufeinander einzuwirken, zum anderen handele es sich um Folgen, die der kollektive Zusammenschluß der Arbeitnehmer mit sich bringe (1). Als weiteres Argument führt Hueck die Tatsache an, daß unter den heutigen Verhältnissen der Erfolg eines Streiks in einem Betrieb erfahrungsgemäß regelmäßig den anderen Arbeitnehmern zugute komme.

Für den Fall des wilden Streiks will Hueck den Lohnanspruch der Arbeitswilligen insoweit verneinen, als es sich um einen wilden Teilstreik im eigenen Betriebe handelt. Er begründet dies mit der innerhalb der Belegschaft des Betriebes bestehenden Solidarität der Interessen, die auch im Betriebsverfassungsgesetz zum Ausdruck komme. Als weiteren Grund hebt Hueck hervor, daß im eigenen Betriebe für die Arbeitswilligen die Möglichkeit bestehe, die streikenden Belegschaftsmitglieder in gewissem Umfange zu beeinflussen (2). Die Frage, welchen Einfluß die infolge eines wilden Streiks in einem Lieferbetrieb herbeigeführte Betriebsstillegung des nachgeordneten Betriebes auf die Lohnansprüche der Arbeitswilligen dieses Betriebes hat, läßt Hueck unbeantwortet. Innerhalb der hier zu erörternden Fragen nach den Lohnansprüchen der Arbeitswilligen bei einem Streik hält Hueck es nicht für gerechtfertigt, eine Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten vorzunehmen. Nach seiner Ansicht sollen auch im Falle eines nur von den Arbeitern des Betriebes geführten Teilstreiks die Angestellten ihres Gehaltsanspruchs verlustig gehen, falls die Angestellten während dieses Streiks nicht weiterbeschäftigt werden könnten. Hueck begründet dies mit dem Hinweis, daß beide Arbeitnehmergruppen - Angestellte und Arbeiter - heute zum erheblichen Teil in einer Gewerkschaft, nämlich im Deutschen Gewerkschaftsbund, organisiert seien und somit auch die Angestellten für einen Streik der Arbeiter letztlich verantwortlich seien (3). Im umgekehrten Falle, nämlich wenn infolge eines Streiks der Angestellten die Arbeiter ihrer Beschäftigung nicht nachgehen könnten, gelte dasselbe für den Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeiter.

Entscheidend für diese weitgehenden Folgerungen sei letztlich der Gedanke, daß der Arbeitgeber nicht für die Folgen einer Betriebsstillegung aufzukommen habe, die von der Arbeitnehmerseite veranlaßt sei (4).

(1) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322;

(2) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322 Anm. 127 und Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB;

(3) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322, Anm. 128;

(4) so Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB.

Dietz (1) hat sich in einer Anmerkung zum Urteil des Landesarbeitsgerichts Hannover ebenfalls für eine Lösung des Problems unter Anwendung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundlagen der sogenannten Sphärentheorie eingesetzt. Da der Streik eine ausschließlich aus der Sphäre der Arbeitnehmer kommende Behinderung sei, so müßten die Arbeitnehmer auch seine Folgen, das heißt den Lohnverlust tragen. Dietz lehnt jedoch den vom RG und RAG zur Begründung des Lohnverlustes herangezogenen Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ab. Zwar wird von Dietz ausdrücklich die betriebliche Verbundenheit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber anerkannt, die insbesondere durch die Grundtendenz des Betriebsverfassungsgesetzes neue Stärkung gefunden habe. Dennoch könne dieser Gesichtspunkt in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden, da der Streik alles andere als Ausdruck betrieblicher Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sei.

Dietz begründet den Lohnverlust der Arbeitswilligen vielmehr mit der unter den Arbeitnehmern bestehenden solidarischen Verbundenheit. Gerade der Streik - so führt er aus - sei Ausdruck dieser Solidarität, und zwar nicht nur deshalb, weil er überhaupt nur als eine gemeinsame Aktion mehrerer Arbeitnehmer möglich sei, sondern weil die Auswirkungen eines erfolgreichen Streiks sich auf die Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit erstreckten, unabhängig davon, ob sie sich an dem Streik beteiligt hätten oder nicht. Dietz meint, die Tatsache, daß letztlich alle Arbeitnehmer von den Auswirkungen eines erfolgreichen Streiks profitierten, gelte heute mehr als früher, da es sich zeige, daß "die Verbesserungen der Arbeitsbedingungen in einem Betriebe über diesen, in einer Industrie über diese hinauswirken und zu einer Angleichung auch in anderen Bereichen" drängten (2). Auf Grund dieser Erwägung lehnt Dietz die von Molitor (3) vertretene Ansicht ab, daß der Verlust der Lohnansprüche der arbeitswilligen Arbeitnehmer die nach außen erkennbare Verbundenheit der Arbeitswilligen mit den Streikenden voraussetze.

Für die Verneinung der Lohnansprüche aller Arbeitswilligen - der Angestellten und Arbeiter - ist es nach der von Dietz vertretenen Auffassung auch ohne Bedeutung, ob es sich um einen Teilstreik der Arbeiter oder der Angestellten handelt, ob sich die Angestellten äußerlich an dem Streik beteiligen oder nicht. Dietz verneint auf Grund der alle Arbeitnehmer umfassenden Solidarität den Lohnanspruch der Arbeitswilligen auch dann, wenn ihr Betrieb durch einen Streik in der vorgeordneten Industrie zum Erliegen kommt.

(1) vgl. Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28;

(2) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28, S. 104;

(3) vgl. Molitor, Anm. zu LAG Hannover, BB 1953, 886.

Bulla (1) geht bei seiner Untersuchung ebenfalls von der Sphärentheorie aus, daß also die Folgen von Betriebsstörungen denjenigen treffen, zu dessen Gefahrenkreis sie gehören. Da die Betriebsstillegung infolge eines Streiks ihre Ursache in dem Verhalten der Arbeitnehmer habe und infolgedessen der Arbeitnehmersphäre zuzurechnen sei, könne der Arbeitgeber während der durch einen Streik verursachten Betriebsstillegung die Lohnzahlung an die Arbeitswilligen ablehnen.

Diese Ablehnung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen beruht nach Bulla auf der Vorstellung der Verbands- und Berufssolidarität der gesamten Arbeitnehmerschaft. Er greift den schon vom RG und RAG herangezogenen Gedanken auf, daß der einzelne Arbeitnehmer in Kampffällen nicht mehr isoliert und individuell dem bekämpften Arbeitgeber gegenüberstehe, sondern als ein Mitglied der kollektiven Betriebsbelegschaft und darüber hinaus als ein Mitglied seiner sozialen Gruppe erscheine, in der er aufgehe und die in den Gewerkschaften ihre rechtlich anerkannte Organisationsform gefunden habe. Unter Bezugnahme auf die von Dietz (2) vertretene Ansicht meint Bulla, daß sich der einzelne nicht streikbeteiligte Arbeitnehmer auch um deswillen die Gruppensolidarität und die daraus zu ziehenden Folgen entgegenhalten lassen müsse, weil er letztlich ebenfalls irgendwie Nutznießer der kollektiven Machtposition und ihrer Kampfmittel sei, auch wenn er sich an der einzelnen Kampfmaßnahme nicht direkt beteilige.

In diesem Zusammenhang verweist Bulla auf den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955 (3), der das kollektive Wesen des legalen Streiks mit gewichtigen Rechtsfolgen für das Arbeitsprivatrecht besonders betont habe und meint, daß auf Grund dieser Entscheidung das kollektive Moment in der Begründung der Betriebsrisikolehre heute umso mehr den Lohnverlust der Arbeitswilligen rechtfertige.

Bulla will jedoch die grundsätzliche Belastung der Arbeitnehmerschaft mit dem Lohnverlust nur dann gelten lassen, wenn es sich um einen von einer Gewerkschaft geführten oder zumindest von ihr gebilligten Teilstreik oder Streik in einem Zubringerbetrieb handelt (4). Er begründet dies damit,

-
- (1) so Bulla, Anm. zu LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32;
 - (2) vgl. Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28;
 - (3) vgl. BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG;
 - (4) so Bulla, Anm. zu LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32, 3. Forts. -Blatt. In seiner Anmerkung zum Urteil des BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, 3. Forts. -Blatt macht Bulla diese Einschränkung nicht mehr. Ob er damit seine zuvor vertretene Ansicht aufgeben will, ist nicht eindeutig zu erkennen.

daß nach seiner Konzeption die Ablehnung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen auf der Vorstellung der Verbands- und Gruppensolidarität beruhe, die ihren sichtbaren Ausdruck in ihren rechtlich anerkannten Organisationen gefunden habe.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht Bulla allerdings für den Fall des wilden Teilstreiks im eigenen Betrieb. Im eigenen Betrieb, so führt Bulla aus, bestehe auf der Grundlage der konkreten Betriebsgemeinschaft, die durch das Betriebsverfassungsgesetz eine sichtbare rechtliche Ordnung erfahren habe, eine eigenständige Belegschaftssolidarität.

Diese ermögliche den Arbeitswilligen - gerade wegen der Nichtbeteiligung der zuständigen Gewerkschaft - einen gewissen Einfluß im Sinne eines betriebsverfassungsrechtlich ordnungsmäßigen Verhaltens auf die streikenden Arbeitskollegen auszuüben. Daher sei es gerechtfertigt, den arbeitswilligen Arbeitnehmern bei einem wilden Teilstreik im eigenen Betrieb den Lohnanspruch zu versagen.

Bei einem wilden Streik in einem Zubringerbetrieb sollen jedoch nach der Ansicht Bullas die arbeitswilligen Arbeitnehmer des davon betroffenen nachgeordneten Betriebes ihren Lohnanspruch behalten. In diesem Fall hätte nämlich die Belegschaft des nachgeordneten Betriebes keinerlei lenkenden Einfluß auf die Streikenden im Zubringerbetrieb.

Im Anschluß hieran wirft Bulla die Frage auf, ob es gerechtfertigt sei, ohne weiteres die Gruppe der Angestellten mit der der Arbeiter unter jene Maximen der sozialen Solidarität aller Arbeitnehmer im Streikfalle zu stellen und damit bei einer völligen Betriebsstillegung infolge eines Teilstreiks der Arbeiter auch den Angestellten ihre Gehaltsansprüche zu versagen. In Übereinstimmung mit Hueck (1) und Dietz (2) meint Bulla, daß man zumindest heute eine solche soziale Solidarität zwischen Arbeitern und Angestellten annehmen müsse. Er begründet dies - wie schon zuvor Dietz (3) - mit der umfassenden lohnpolitischen Konzeption und der Aktivität aller derzeitigen Gewerkschaften, derzufolge die errungenen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen mehr oder weniger allen Belegschaftsmitgliedern - Arbeitern wie Angestellten - zugute kommen.

Auch in seiner Anmerkung (4) zum Urteil des BAG vom 8.2.1957 lehnt Bulla eine unterschiedliche Beurteilung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen - je nachdem ob es sich um Arbeiter oder Angestellte handelt - ab.

(1) vgl. oben S. 37 der Arbeit;

(2) vgl. oben S. 38 der Arbeit;

(3) vgl. Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28.

(4) vgl. Bulla, Anm. zu BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 7.

Zur Begründung verweist er auf die vom BAG betonten Thesen von der Kampfparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch im Risiko und auf die Erfahrung, daß der Erfolg eines Streiks vielfach allen Arbeitnehmern des Betriebes zugute kommt. Aber selbst dann, so meint Bulla, wenn man sich auf den Standpunkt der Gegenmeinung stellen und für die hier gestellte Frage den soziologischen Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten als rechtserheblich bejahen würde, bleibe es zweifelhaft, ob dies unbedingt zu dem Ergebnis führen müsse, daß den Angestellten bei ihrer Nichtbeteiligung an einem Teilstreik der Arbeiter das Gehalt weiterzuzahlen sei. Es bleibe nämlich dabei, daß der Streik ein Kollektivakt sei, der durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile den bekämpften Arbeitgeber im Sinne der Kampfziele nachgiebig machen wolle. Es widerspräche dem Gedanken der Treuepflicht, wollten die streikunbeteiligten, arbeitswilligen Angestellten dennoch ihren Gehaltsanspruch geltend machen, zumal auch die gewerkschaftliche Organisation der Angestellten an einem Streik der Arbeiter nicht uninteressiert sein dürfte. Dies führe aber wieder auf eine kollektive Solidarität aller Arbeitnehmer - Arbeiter wie Angestellte - zurück.

Nikisch, der grundsätzlich das Betriebsrisikoproblem unter Anwendung der Vorschriften des BGB lösen will (1) und die von der Rechtsprechung entwickelte Sphärentheorie seit jeher abgelehnt hat (2), billigt für den Fall des Teilstreiks eine "spezifisch arbeitsrechtliche Lösung" (3).

Nach Nikisch ist den Arbeitswilligen der Lohnanspruch sowohl bei einer Betriebsstillegung auf Grund eines Teilstreiks im eigenen Betrieb als auch dann, wenn der Betrieb infolge eines Streiks im Zulieferbetrieb zum Erliegen kommt, zu versagen. Als Begründung führt er den kollektiven Charakter der Arbeitskämpfe an, deren Auswirkungen oft weit über den Bereich der bestreikten Betriebe hinausgehen und das ganze Wirtschaftsleben eines Landes erschüttern können (4).

Es sei daher gerechtfertigt, daß wenigstens in Ansehung der Lohnzahlung die wirtschaftlichen Folgen eines Streiks von den Angehörigen der sozialen Gruppe getragen werden, von der die Störung des Arbeitsfriedens ausgehe. Nikisch meint, daß man in dieser Frage der Klassensolidarität das entscheidende Gewicht beilegen müsse

Nikisch läßt jedoch den Grundsatz, daß den Arbeitswilligen bei Betriebsstörungen infolge Streiks kein Lohnanspruch zustehen soll, nicht uneinge-

(1) so Nikisch, Lb., 1. Bd., 2. Aufl., S. 492;

(2) so Nikisch, Jherings Jahrbücher, Bd. 80, S. 89 ff.;

(3) so Nikisch, Lb., 1. Aufl.; S. 184;

(4) so Nikisch, Lb., 2. Aufl., 1. Bd., S. 497.

schränkt gelten. Den Arbeitswilligen soll der Lohnanspruch vielmehr nur dann aberkannt werden, wenn sie mit dem Streik einverstanden sind und sich nur scheinbar zur Arbeit bereit erklären. Hier sei allerdings der Tatsache Rechnung zu tragen, daß von einem Streik im Ergebnis alle Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar profitieren, so daß eine Vermutung dafür spräche, daß alle Arbeitnehmer den Streik billigten. Dies sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn auch ihre Arbeitsbedingungen durch den Streik verbessert werden sollten. Bei einem Teilstreik - so meint Nikisch - liege somit im Grunde genommen nur eine Beweisnot vor. Die arbeitswilligen Arbeitnehmer, die für die Zeit des Streiks ihren Lohn verlangten, müßten nämlich beweisen, daß sie den Streik mißbilligten und ernsthaft zur Arbeit bereit seien. Dies werde ihnen aber in den meisten Fällen schwerlich gelingen (1).

Diese von Nikisch aufgestellten Grundsätze sollen nicht für einen wilden Streik gelten. Denn der wilde Streik sei eine Aktion einzelner oder jedenfalls keiner anerkannten Organisation. Die Auswirkungen eines wilden Streiks könnten die daran nicht beteiligten Arbeitnehmer nur treffen, wenn sie mit den Streikenden gemeinsame Sache machten. Dies könne aber nicht ohne weiteres angenommen werden (2).

Nikisch lehnt es ferner ab, den arbeitswilligen Angestellten, die infolge eines Streiks der Arbeiter nicht beschäftigt werden können, den Gehaltsanspruch zu versagen. Er begründet dies damit, daß man nicht den soziologischen Gegebenheiten zuwider Arbeiter und Angestellte zu einer einheitlichen sozialen Gruppe zusammenfügen dürfe, denn die Interessen der Angestellten seien häufig andere als die der Arbeiter. Auch seien die Angestellten in besonderen Organisationen zusammengeschlossen und ihre Arbeitsbedingungen würden in eigenen Tarifverträgen geregelt. Der äußere Anschein spreche somit nicht dafür, daß sich die Angestellten mit den streikenden Arbeitern solidarisch fühlten, zumal ein erfolgreicher Streik der Arbeiter meistens keine positiven Auswirkungen auf ihre Arbeitsbedingungen hätte (3).

Gross (4) hat sich im wesentlichen dem von Nikisch vorgeschlagenen Lösungsweg angeschlossen. Im Gegensatz zu Nikisch macht er jedoch die Ablehnung der Lohnansprüche nicht davon abhängig, ob die Nichtstreikenden mit dem Streik einverstanden sind oder nicht. Die Arbeitswilligen

(1) so Nikisch, Lb., 2. Aufl., 1. Bd., S. 498, Anm. 43;

(2) so Nikisch, Lb., 2. Aufl., 1. Bd., S. 498;

(3) siehe Anm. 2.

(4) vgl. Gross, in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Gruppe IV, S. 114 (118).

sollen nach Gross - wie Nikisch es ebenfalls vorschlägt - ihren Lohnanspruch dann aber behalten, wenn der Betrieb infolge eines wilden Streiks zum Erliegen kommt. Er will bei einem wilden Streik den arbeitswilligen Arbeitnehmern nur dann den Lohnanspruch versagen, wenn sie sich mit den Streikenden solidarisch erklären.

Gross bejaht dann auch in Übereinstimmung mit Nikisch den Gehaltsanspruch der Angestellten, wenn sie infolge eines von den Arbeitern des Betriebes geführten Streiks nicht arbeiten können. Er ist der Ansicht, daß den streikunbeteiligten Angestellten nur dann der Gehaltsanspruch genommen werden könne, wenn sie sich mit den Streikenden solidarisch erklärten.

II. Die in der Rechtsprechung vertretenen Ansichten

Die zahlreichen Entscheidungen der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte, die in den ersten Jahren der Nachkriegszeit zur Frage der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers trotz Nichtbeschäftigung der Arbeitnehmer ergangen sind, hatten - bedingt durch den Zusammenbruch mit seinen katastrophalen wirtschaftlichen Auswirkungen - vorwiegend die Tatbestände zum Gegenstand, in denen die Betriebsstörungen ihre Ursachen in dem Fehlen der technischen Voraussetzungen für den Fortgang der Arbeit hatten. Nachdem jedoch die Zwangswirtschaft auf dem Arbeitsmarkt beseitigt war und es wieder zu Arbeitskämpfen kam, hat auch die Frage nach den Lohnansprüchen der Arbeitswilligen, die infolge des Streiks nicht beschäftigt werden können, die Rechtsprechung häufiger wieder beschäftigt.

Ergibt eine Übersicht über die Rechtsprechung nach 1945 zum gesamten Betriebsrisikoproblem, daß manche Gerichte eine Lösung der Frage unter Anwendung der Vorschriften des BGB suchten (1), andere hingegen eine Lösung auf Grund arbeitsrechtlicher Gedankengänge vorzogen (2), so haben die Arbeitsgerichte, soweit es sich um Betriebsstörungen aus dem Bereiche der Arbeitnehmerschaft handelte, das Problem ausschließlich unter Heranziehung arbeitsrechtlicher Gesichtspunkte zu lösen versucht.

Obwohl die Gerichte, was den Teilstreik betrifft, in ihrer Grundauffassung mit der des RG und des RAG übereinstimmten, daß nämlich eine

-
- (1) vgl. z. B. LAG Düsseldorf v. 7. 1. 1947, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 1; LAG Gross-Berlin v. 25. 2. 1948, ARSt. II, Nr. 736;
- (2) vgl. z. B. LAG Bremen v. 27. 8. 1947, ARSt. I, Nr. 203; LAG Frankfurt v. 17. 3. 1948, RdA 1948, 146.

Lösung des Teilstreikproblems nicht unter Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften erfolgen könne, und im Ergebnis den arbeitswilligen Arbeitnehmern den Lohnanspruch versagten, so weichen sie doch in den Entscheidungsgründen in wesentlichen Punkten von der Rechtsprechung des RG und RAG ab.

1. Die Stellungnahme des Arbeitsgerichts Kassel

Als erstes Gericht hatte sich nach dem Kriege das Arbeitsgericht Kassel (1) mit dem Problem einer Betriebsstörung aus dem Bereiche der Arbeitnehmerschaft zu befassen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Mitglied der nicht am Streik beteiligten Deutschen Angestelltengewerkschaft wurde durch einen Streikposten des Deutschen Gewerkschaftsbundes daran gehindert, seine Arbeitsstätte zu betreten. Der arbeitswillige Angestellte hätte trotz des Streiks in dem Betrieb beschäftigt werden können.

In der Urteilsbegründung läßt es das Gericht dahingestellt bleiben, ob die Sphärentheorie auch heute noch in vollem Umfange aufrechterhalten werden könne. Für den Fall des Teilstreiks stimmt es aber grundsätzlich der Rechtsprechung des RG und des RAG zu, nach der ein Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer während eines Teilstreiks nicht besteht.

Nach Ansicht des Gerichts liegt aber hier gar nicht der Tatbestand des Teilstreiks vor, denn es habe ja - anders als bei einem Teilstreik - trotz der fehlenden Mitarbeit der streikenden Arbeitskollegen eine Arbeitsmöglichkeit bestanden. Wörtlich führt das Gericht dann aus: "Im vorliegenden Rechtsstreit liegt Annahmeverzug des Beklagten deshalb nicht vor, weil der Kläger außerstande war, seine Dienste überhaupt anzubieten. Zwar war der Kläger arbeitswillig und versuchte auch seine Arbeitsstätte zu erreichen. Er konnte es aber nicht, weil er durch den Streikposten der IG-Metall am Betreten seiner Arbeitsstätte gehindert wurde. Unbestritten gehörte der Kläger nicht zu den Streikenden. Ist dies aber der Fall, war der Kläger arbeitswillig und hat er auch versucht, seine Dienste zur Verfügung zu stellen, so muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß der Arbeitgeber, der zwar grundsätzlich im Falle eines gewöhnlichen Betriebsrisikos weiterhin Schuldner der Lohnforderung ist, diese Schuld nur in einem Umfange zu erbringen braucht, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es noch als berechtigt erscheinen lassen. Es müssen daher schon nicht gewöhnliche Zufälle des Betriebsrisikos vorliegen, um eine Einschränkung der Verpflichtung zur Fortzahlung des Lohnes her-

(1) Urteil vom 22. 12. 1952, SAE 1953, Nr. 57.

beizuführen, sondern ganz besondere. Die Auswirkungen eines Streiks, der nicht vom Arbeitgeber verschuldet ist, gehören aber zu solchen besonderen Zufällen, die von außen her in das Betriebsgefüge eingreifen und die die unter gewöhnlichen Umständen voraussehbaren Gefahren erheblich übersteigen. Ein solcher Fall liegt hier vor." Demgemäß hat das Gericht die Klage des arbeitswilligen Angestellten abgewiesen.

2. Die Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte

Dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Hannover vom 11. 8. 1953 (1) lag der gleiche Sachverhalt zugrunde. Hier war ebenfalls ein arbeitswilliges Belegschaftsmitglied, das der am Streik unbeteiligten DAG angehörte, durch Streikposten des DGB am Betreten des Betriebes gehindert worden. Auch in diesem Betrieb war trotz des Streiks Arbeit für den Arbeitswilligen vorhanden. In seinen Entscheidungsgründen bekennt sich das LAG Hannover zunächst zu den vom RG und RAG entwickelten Grundsätzen, daß eine Lösung nicht mit Hilfe der Vorschriften des BGB gefunden werden könne, sondern daß allein spezifisch arbeitsrechtliche Erwägungen zu einem alle Umstände eines solchen Falles berücksichtigenden befriedigenden Ergebnis führen können. Es wendet dann auch - im Gegensatz zum Arbeitsgericht Kassel - auf den vorliegenden Fall diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze an und versagt dem arbeitswilligen Arbeitnehmer den Lohnanspruch. Hierbei weist das LAG insbesondere auf die Tatsache hin, daß auch die nichtstreikenden Arbeitnehmer von einem erfolgreichen Streik profitierten und damit gegenüber dem Arbeitgeber Nutznießer der kollektiven Machtposition der Arbeitnehmerschaft und ihrer Machtmittel seien, so daß auch umgekehrt einmal die Berücksichtigung des kollektiven Moments zu ihrem Nachteil gerechtfertigt sei.

Das Gericht hält es für die Frage nach den Lohnansprüchen der Arbeitswilligen nicht von Bedeutung, daß der Streik nur von den Arbeitern des Betriebes geführt wird, die arbeitswilligen Arbeitnehmer hingegen Angestellte sind und einer anderen Gewerkschaft angehören als die Streikenden. Bei einem Streik der Arbeiter - so führt das LAG hierzu aus - sei auch den arbeitswilligen Angestellten der Gehaltsanspruch zu versagen.

Auch das LAG Hamburg, das in seinem Urteil vom 5. 4. 1955 (2) zur Frage nach den Lohnansprüchen Arbeitswilliger, die infolge eines Streiks

(1) vgl. LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28 = RdA 1953, 438;

(2) vgl. LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32.

in einem Lieferbetrieb nicht arbeiten konnten, Stellung nehmen mußte, geht bei der Lösung des Problems von der Sphärentheorie des RAG aus. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde : Während eines Streiks in den öffentlichen Versorgungsbetrieben mußte die beklagte Arbeitgeberin wegen Gas Mangels ihre Produktion einstellen. Die Klägerin, die infolge des Streiks nicht beschäftigt werden konnte, verlangte für die Dauer der Arbeitseinstellung ihren Lohn. Das LAG Hamburg wies die Klage ab.

Zur Begründung seines Ergebnisses beruft sich das Gericht vor allem - unter Bezugnahme auf den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955 - auf die wachsende Bedeutung des kollektiven Moments im Arbeitsrecht. Ausgehend von der Tatsache, daß das BAG in dem erwähnten Beschluß das kollektive Wesen des Streiks mit gewichtigen Rechtsfolgen für das Einzelarbeitsverhältnis besonders betont hat, entspricht es nach Ansicht des LAG Hamburg dieser Betrachtungsweise, eine Gruppensolidarität der Arbeitnehmerschaft anzunehmen, und zwar nicht nur innerhalb einer Betriebsbelegschaft, sondern innerhalb der Arbeitnehmerschaft im ganzen.

In Übereinstimmung mit dem LAG Hannover (1) führt das Gericht in seiner weiteren Begründung aus, daß auch der nichtstreikende Arbeitnehmer von einem erfolgreichen Streik profitiere. Sei er aber Nutznießer der kollektiven Machtposition der Arbeitnehmerschaft, so rechtfertige sich auch umgekehrt die Berücksichtigung des kollektiven Moments zu seinem Nachteil. Dafür, daß allen Arbeitnehmern, unabhängig davon, ob sie an dem Streik beteiligt sind oder nicht, der Erfolg eines Streiks zugute komme, spreche auch - wie das Gericht abschließend bemerkt - die Erscheinung der sogenannten Lohnwelle.

Das LAG Kiel hält es hingegen in seinem Urteil vom 28. 1. 1957 (2) für zweifelhaft, ob die Sphärentheorie des RAG heute noch aufrechterhalten werden könne. Der Arbeitgeber sei ja nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen heute ohne weiteres in der Lage, sich jederzeit ohne Frist im Wege der Aussperrung von der Lohnzahlungspflicht zu befreien. Aber selbst wenn im Grundsatz an der Sphärentheorie festgehalten werde, so könne keineswegs eine Interessenverbundenheit, Kollektivverantwortung und somit Solidarhaft zwischen streikenden Arbeitern und am Streik nicht beteiligten Angestellten generell unterstellt werden. Es stehe, so führt das Gericht hierzu aus, mit den soziologischen Gegebenheiten in unvereinbarem Widerspruch, eine Solidarität zwischen Arbeitern und Angestellten anzunehmen.

(1) siehe oben S. 45 der Arbeit;

(2) vgl. LAG Kiel, Betrieb 1957, 165.

Eine Solidarhaft im Sinne der Sphärentheorie könne allenfalls aus den besonderen Umständen des Einzelfalles hergeleitet werden. Bei dem Streik in der schleswig-holsteinischen Metallindustrie (1) fehle es aber an einer solchen Interessenverbundenheit zwischen Arbeitern und Angestellten. Die Angestellten seien an den hier strittigen Forderungen, bei denen es im Kernpunkt um die Angleichung der Rechtsstellung der Arbeiter an die der Angestellten im Krankheitsfalle gehe, nicht einmal mittelbar interessiert.

Das LAG Kiel hatte im Anschluß an die Teilstreikentscheidung des BAG vom 8.2.1957 (2) noch einmal Gelegenheit, seine Auffassung zu überprüfen. Es hat dann in seinem Urteil vom 8.4.1957 (3) die zuvor vertretene Ansicht nicht aufrechterhalten. In seiner Urteilsbegründung läßt das Gericht seine Zweifel, die es bisher an der Anwendung der Sphärentheorie gehegt hatte, fallen und bekennt sich voll und ganz zu der vom RAG entwickelten und vom BAG übernommenen Lehre vom Betriebsrisiko. Im einzelnen führt das LAG hierzu aus, daß die Sphärentheorie weder gegenstandslos geworden noch als überholt anzusehen sei durch die nach dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 entwickelte Möglichkeit der Aussperrung. Die Aussperrung der arbeitswilligen Arbeitnehmer sei lediglich eine dem Arbeitgeber geschaffene Möglichkeit, aber keine Pflicht, der er nachkommen müsse, um sich seiner Lohnzahlungspflicht zu entledigen. Die Verneinung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen lasse sich zwar nicht aus dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herleiten, da von einer echten Beteiligung der Arbeitnehmer an der Betriebsleitung keine Rede sein könne und überdies gerade im Falle des Teilstreiks eine Interessengemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erkennen sei. Das Ergebnis sei aber aus dem im Arbeitsrecht, insbesondere bei einem Streik stark hervortretenden kollektiven Moment gerechtfertigt. Die Entwicklung vom Einzeldienstvertrag des BGB über das Tarifvertragsrecht bis zum Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 zeige, wie stark im Arbeitsrecht das Kollektive in den Vordergrund getreten sei. Aus dieser Sicht und dem in dem Beschluß des Großen Senats entwickelten Prinzip der Waffengleichheit beim Streik folge, daß die Arbeitnehmer bei einem Streik das Risiko des Lohnausfalls zu tragen hätten.

-
- (1) In diesem vom LAG Kiel entschiedenen Fall beruhte die Betriebsstilllegung auf dem Streik der Metallarbeiter in Schleswig-Holstein.
- (2) vgl. BAG, AP Nr.2 zu § 615 BGB (s. unten S. 48).
- (3) vgl. LAG Kiel, BB 1957, 677.

3. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht hat bisher in drei Entscheidungen zu der Frage nach den Lohnansprüchen arbeitswilliger Arbeitnehmer im Falle eines Streiks Stellung genommen.

Seiner ersten grundlegenden Entscheidung (1) zu diesem Problem lag derselbe Sachverhalt zugrunde wie dem oben (2) angeführten Urteil des LAG Hamburg. Wie das Vordergericht so hat auch das BAG die Klage der Arbeitnehmerin auf Zahlung ihres Lohnes für die Zeit ihrer Beschäftigungslosigkeit abgewiesen.

In seiner Begründung bestätigt das BAG die bisher schon herrschende Ansicht, daß eine Lösung des Problems nicht auf Grund der Vorschriften des BGB getroffen werden könne, denn der Gesetzgeber des BGB vom Jahre 1896 habe weder die rechtlichen noch die sozialen Probleme, die sich in dieser Frage ergeben, mit hinreichender Klarheit sehen können. Es bestehe insoweit eine Lücke im Gesetz. Eine Lösung der Frage ergebe sich aus den von der Wissenschaft und Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätzen, die auf den allgemeinen Grundgedanken des Arbeitsrechts und auf den Prinzipien unserer Wirtschaftsverfassung, die auch das geltende Arbeitsrecht beherrschen, beruhen.

Wenn danach - so meint das Gericht - in erster Linie der Grundsatz herrsche, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trage, so könne dieses Grundprinzip dann keine Anwendung finden, wenn die Stillegung des Betriebes auf das Verhalten der Arbeitnehmerschaft zurückzuführen sei. In diesem Fall sei das Betriebsrisiko von der Arbeitnehmerschaft zu tragen.

Das gelte nicht nur für den Fall des Streiks im eigenen Betrieb, sondern auch dann, wenn die gänzliche oder teilweise Betriebsstillegung durch einen Streik der Arbeitnehmer eines Zubringerbetriebes verursacht worden sei. Zur Begründung hierfür verweist das BAG auf die unter den Arbeitnehmern bestehende Solidarität, die über den einzelnen Betrieb hinausreiche.

Nach Ansicht des BAG soll der Grundsatz, daß die Arbeitswilligen bei einer Störung aus dem Bereiche der Arbeitnehmerschaft ihren Lohnanspruch verlieren, ohne Rücksicht darauf gelten, ob die Arbeitswilligen der streikführenden oder einer anderen Gewerkschaft angehören. Selbst dann, wenn sie überhaupt nicht gewerkschaftlich organisiert sind, soll ihnen kein Lohn für die Dauer des Streiks zustehen. Das Gericht begründet seine Ansicht damit, daß einmal die Gewerkschaften die Möglichkeit hätten, gegenseitig aufeinander einzuwirken, da sie im allgemeinen einem zentralen Ver-

(1) vgl. BAG, Urteil v. 8.2.1957, AP Nr.2 zu § 615 BGB;

(2) siehe oben S. 45 der Arbeit.

band angehörten oder doch durch die Solidarität der Interessen verbunden seien. Zum anderen würde es sich um Auswirkungen handeln, die der kollektive Zusammenschluß der Arbeitnehmer mit sich bringe und die deshalb ganz allgemein der Arbeitnehmerseite aufzuerlegen seien.

Das BAG will auch keine Unterscheidung danach vornehmen, ob es sich bei den Arbeitswilligen um Arbeiter oder Angestellte handelt, denn - so argumentiert das Gericht - der Erfolg eines Streiks in einem Betrieb komme, wie die Erfahrung lehre, unter den heutigen Verhältnissen vielfach allen Arbeitnehmern des Betriebes zugute.

In seiner weiteren Urteilsbegründung beruft sich das Gericht auf die Entscheidung des Großen Senats des BAG zum Arbeitskampf und bekennt sich zu den dort entwickelten Prinzipien vom kollektivrechtlichen Wesen des Streiks und von der Kampfpazität oder Waffengleichheit im Arbeitskampf. Das Prinzip der Waffengleichheit würde gestört, so meint das BAG, wenn Angehörige des den Arbeitskampf nicht betreibenden Sozialpartners zu Leistungen gezwungen werden könnten, für die sie auf Grund von Kampfmaßnahmen des anderen Sozialpartners keine Gegenleistung erhielten. Der Kampfpartei würde damit zu Unrecht ein Teil des Kampftrisikos abgenommen, das sie sonst in Betracht ziehen müßte.

Das BAG lehnt es ab, die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung von der Feststellung abhängig zu machen, ob die nicht am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmer mit den Streikenden sympathisierten oder nicht. Eine solche Betrachtungsweise würde den Prinzipien des Arbeitskampfes und des kollektiven Arbeitsrechts, das von den Sozialpartnern getragen werde und für dessen Gestaltung sie die Verantwortung zu tragen hätten, widersprechen. Eine dahingehende Lösung sei überdies geeignet, reine Lippenbekenntnisse entgegen anderer, innerer Überzeugung hervorzurufen und dazu noch zu belohnen. Abschließend lehnt das Gericht die von Nipperdey (1) und Böttcher (2) vertretene Ansicht ab, daß sich das Problem der Lohnzahlung an Arbeitswillige bei einem Streik mit der in dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955 hervorgehobenen Möglichkeit einer Aussperrung erledigt habe. Das BAG meint, daß es einer Aussperrung der Arbeitswilligen nicht bedürfe, um das Entfallen der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers herbeizuführen.

In seinem Urteil vom 25. 7. 1957 (3) hat das BAG in vollem Umfange an diesen Grundsätzen über die Tragung des Betriebsrisikos beim Streik festgehalten. In seiner Begründung führt es ergänzend zu der bereits oben

(1) siehe oben S. 31 der Arbeit;

(2) siehe oben S. 31 der Arbeit;

(3) vgl. BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB.

wiedergegebenen Ansicht aus, daß es bei dem hier vorliegenden Problem nicht nur auf den Gesichtspunkt einer allseitigen Solidarität der Arbeitnehmerschaft ankomme, die nicht allein ein soziologisches Phänomen, sondern ein in bestimmten Grenzen zu verwertendes Rechtsprinzip sei. Entscheidend für die Beurteilung dieser Fragen sei die Tatsache, daß bei einem Streik die Störung aus dem Bereiche des sozialen Gegenspielers komme, auf den der Arbeitgeber im allgemeinen keine unmittelbare oder mittelbare Einflußmöglichkeit habe, es sei denn, er bewillige bei einem Streik in seinem Betrieb ohne weiteres die von den Streikenden erhobenen Forderungen, wozu er jedoch nicht verpflichtet sei.

Während das BAG in seinem Urteil vom 8.2.1957 die Anwendung dieser Grundsätze bei Vorliegen eines gewerkschaftlichen Streiks ausgesprochen hatte und die Frage unentschieden gelassen hatte, was bei einem wilden Streik zu gelten habe, bejaht das Gericht in dieser Entscheidung den Fortfall der Lohnansprüche der Arbeitswilligen zumindest auch für den Fall des wilden Teilstreiks im eigenen Betriebe. Zur Begründung verweist das Gericht auf die im allgemeinen unter der Belegschaft eines Betriebes bestehenden Beziehungen, die die Möglichkeit gäben, in gewissem Umfange die Streikenden zu beeinflussen.

Es würde überdies eine ungerechtfertigte Begünstigung und Erleichterung des von der Rechtsordnung gemäßbilligten wilden Streiks bedeuten, wenn in solchen Fällen die Arbeitswilligen, die durch diesen Streik keine Arbeitsmöglichkeit hätten, ihren Lohn ohne Arbeitsleistung erhalten würden. Als entscheidender Gesichtspunkt wird vom BAG aber auch hier die Tatsache hervorgehoben, daß die Störung aus der Sphäre der Arbeitnehmer komme und daher aus dem vom Unternehmer nicht beeinflussbaren Bereich stamme.

Auch in seiner dritten und bislang letzten Entscheidung zu dieser Frage hat das BAG in seinem Urteil vom 24.1.1958 seine Ansicht aufrechterhalten (1). Es hat insbesondere zu der Frage, ob die arbeitswilligen Angestellten bei einem Streik der Arbeiter ihren Gehaltsanspruch verlieren, Stellung genommen. Im Gegensatz zur Vorinstanz, dem LAG Kiel (2), verneint das Bundesarbeitsgericht den Gehaltsanspruch der arbeitswilligen Angestellten, die infolge eines Arbeiterstreiks nicht beschäftigt werden konnten. Es weist zur Begründung darauf hin, daß die Betriebsstörung und damit der Wegfall der Arbeitsmöglichkeit auch in diesem Fall ihre Ursache in einem Verhalten der Arbeitnehmerschaft habe, so daß es schon aus diesem Grunde gerechtfertigt sei, den Arbeitgeber von der Lohnzahlung freizustellen. Daß es sich bei dem Metallarbeiterstreik in Schleswig-

(1) so BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB;

(2) vgl. LAG Kiel, oben S. 46, 47 der Arbeit.

Holstein, auf den die Betriebsstillegung zurückzuführen war, lediglich um Fragen der Rechtsstellung der Arbeiter, nicht auch um solche der Angestellten, gehandelt hat, vermag nach Ansicht des BAG eine abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen.

Kritische Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten

A. Kritik an den Lösungsversuchen der Literatur

I. Ablehnung der zivilistischen Betrachtungsweise

Zu der - heute noch von König (1) und Dersch (2) vertretenen - Ansicht, daß eine Lösung dieses Problems auf der Grundlage des BGB möglich sei, ist vorweg zu sagen, daß alle bisherigen Versuche in dieser Richtung zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt haben. Nach wie vor stehen sich, was den Ausgangspunkt der Annahmeverzugs- und Unmöglichkeitstheorie betrifft, die verschiedenen Ansichten gegenüber. Geht nämlich die Annahmeverzugstheorie davon aus, daß der Arbeitnehmer auf Grund seines Arbeitsvertrages nur verpflichtet sei, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, nimmt die Unmöglichkeitstheorie und so auch die heute wohl herrschende Meinung (3) an, daß der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrage zur konkreten Leistung von Arbeit verpflichtet sei.

Es ist also keineswegs so, wie König es hinstellt, daß allein die Lehre vom Annahmeverzug wissenschaftlich einwandfrei begründet sei und zu einer überzeugenden Lösung des Problems führe. Vielmehr lassen sich formallogisch beide Ansichten begründen (4), und beide Lehren werden auch seit Jahrzehnten mit durchaus stichhaltigen Argumenten vertreten.

Hieraus ist mit Recht gefolgert worden, daß das BGB keine eindeutige Lösung für diese Streitfrage gibt und somit eine Lücke (5) enthält (6).

- (1) vgl. oben S. 29 der Arbeit ;
- (2) vgl. oben S. 30 der Arbeit ;
- (3) so BAG, AP Nr. 2 und 3 zu § 615 BGB; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 104 ff. ;
- (4) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 318;
- (5) so RGZ 106, 272; BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 319;
- (6) Als weiteres Argument dafür, daß die Vorschriften des BGB insbesondere für das Teilstreikproblem keine Lösung bieten, kann der § 76 Abs. 2 des Entwurfs eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes angesehen werden; (vgl. den Abdruck des Entwurfs bei Molitor-Hueck-Riezler, a. a. O., S. 280 ff.). Der Entwurf sah nämlich für die Frage der Lohnfortzahlung bei einem Teilstreik eine besondere gesetzli-
(Forts. siehe S. 53)

Dies liegt einmal daran, daß der Gesetzgeber des BGB die besonderen rechtlichen, aber auch sozialen Probleme einer durch einen Arbeitskampf verursachten Betriebsstillegung damals nicht übersehen konnte (1). Aber auch die Erkenntnis, daß es sich bei dem Arbeitsverhältnis nicht um ein rein schuldrechtliches Austauschverhältnis, sondern um ein durch starke personenrechtliche Ausstrahlungen gekennzeichnetes Rechtsband handelt, läßt die Methode, mit den Mitteln der zivilrechtlichen Dogmatik auf konstruktivem Wege zu einer Lösung des Problems zu gelangen, als nicht geeignet erscheinen (2).

Darüber hinaus wird gerade an dem hier zu erörternden Fall der Betriebsstillegung aus dem Bereiche der Arbeitnehmerschaft deutlich, daß die von König und Dersch vertretene Annahmeverzugslehre das Problem nicht zu lösen vermag. Nach dieser Lehre gerät nämlich im Falle des Streiks der Arbeitgeber gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern in Annahmeverzug und müßte ihnen den Lohn zahlen. Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, werden daher König und Dersch der von ihnen vorgeschlagenen Annahmeverzugslehre selbst untreu, indem sie eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers dann verneinen, wenn Anhalt dafür besteht, daß die Arbeitswilligen mit den Streikenden sympathisieren und ihre Dienste nur zum Schein anbieten würden. Damit machen aber beide Autoren die Lösung des Problems von der inneren Einstellung der Arbeitswilligen zu dem Verhalten der Streikenden abhängig, was letztlich auf eine Frage des Beweises hinausläuft. Dadurch beschwören sie jedoch eine nicht geringe Rechtsunsicherheit herauf, da das Ergebnis allein davon abhängt, ob man den Beweis als geführt oder nicht geführt ansehen will. Abgesehen davon, daß bei einer solchen Lösung das Ergebnis in nicht zu billiger Weise von Beweisschwierigkeiten abhängen würde, ist - wie das BAG mit Recht ausführt (3) - ein solcher Weg überdies nur geeignet, "reine Lippenbekenntnisse" entgegen innerer anderer Überzeugung hervorzurufen.

(Forts. d. Fußn. 6 v. S. 52)

che Regelung vor. Nach der vorgenannten Vorschrift sollte der Lohnanspruch der Arbeitnehmer dann entfallen, wenn die Betriebsstillegung durch Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerschaft verursacht wurde. Die Aufnahme dieser Bestimmung in den Entwurf hätte sich erübrigt, wenn schon die bisherige Regelung eine Lösung enthielte.

(1) so BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB;

(2) so Nipperdey, in Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 11. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. 57;

(3) so BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB.

II. Kritik an der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise

1. Ablehnung des von Nipperdey und Bötticher vorgeschlagenen Lösungsweges.

Die von Nipperdey (1) und Bötticher (2) vertretene Auffassung, daß der Arbeitgeber nur dann von seiner Lohnzahlungspflicht befreit werde, wenn er die Arbeitswilligen aussperre, stellt einen völlig neuartigen Lösungsversuch dar. Aber auch dieser Lösungsvorschlag ist nicht geeignet, das Problem befriedigend zu lösen. Zwar ist zuzugeben, daß dieser Weg die Streitfrage in einer eleganten Art und Weise löst und zudem zu einer klaren Entscheidung führt.

Es ist jedoch nicht angängig, auf Grund des Beschlusses des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955 vom Arbeitgeber nunmehr die Aussperrung der Arbeitswilligen zu verlangen, um den Lohnzahlungsansprüchen der arbeitswilligen Arbeitnehmer zu entgehen (3). Ein solches Verlangen widerspricht dem vom BAG betonten Grundsatz der Freiheit der Kampfmittel. Zwar erläutert das BAG (4) diesen Grundsatz nur dahin, daß es sich um die Freiheit in der Wahl der Kampfmittel handelt. Jedoch hat dieser Grundsatz schon rein begrifflich auch die Freiheit in der Anwendung von Kampfmitteln überhaupt zum Inhalt (5). Zum anderen würde ein solches an den Arbeitgeber gestellte Ansinnen eine erhebliche Verschärfung des Arbeitskampfes bedeuten, wozu man nicht noch von Rechts wegen angehalten werden sollte, zumal der Arbeitgeber im Einzelfall berechtigte Gründe haben kann, von einer Aussperrung der Arbeitswilligen abzusehen (6).

Dieser von Nipperdey und Bötticher vertretenen Ansicht kann daher nicht zugestimmt werden.

2. Kritik an der von Galperin und Schwerd vertretenen Auffassung.

Der Ansicht dieser beiden Autoren, die den Wegfall des Lohnanspruchs der Arbeitswilligen mit dem Gedanken der Solidarität der Arbeitnehmer un-

(1) siehe oben S. 31 der Arbeit;

(2) siehe oben S. 31 der Arbeit;

(3) so LAG Kiel, BB 1957, 677;

(4) so BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG;

(5) so Natzel, Betrieb 1958, 572;

(6) so Bulla, Anm. zu BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 7.

tereinander begründen, jedoch eine solidarische Verbundenheit nur innerhalb des einzelnen Betriebes (1) bzw. eines gewerkschaftlichen Verbandes annehmen (2), kann nur mit Einschränkung zugestimmt werden. Zwar ist zu begrüßen, daß sie zur Lösung des Problems den Gesichtspunkt der Arbeitnehmersolidarität heranziehen. Abzulehnen ist jedoch, daß sie eine solidarische Verbundenheit auf die Betriebsbelegschaft oder einen Gewerkschaftsverband beschränken wollen. Sie verkennen, wie im dritten Teil der Arbeit eingehend dargelegt wird, daß die Solidarität der Arbeitnehmer über den einzelnen Betrieb und über die einzelne Gewerkschaft hinausreicht. Es ist vielmehr so, daß die Arbeitnehmer der gesamten Industrie den Arbeitgebern als soziale Gegenspieler gegenüberstehen. Daß bei einem Streik in einem Zulieferbetrieb die Streikenden organisatorisch oder politisch auf einem völlig anderen Standpunkt stehen als die arbeitswilligen Arbeitnehmer des nachgeordneten Betriebes steht der Annahme einer Solidarität nicht entgegen. Entscheidend ist allein die Solidarität ihrer wirtschaftlichen Interessen. Eine solche wirtschaftliche Verbundenheit zeichnet aber heute - wie unten auf S. 81 der Arbeit nachgewiesen wird - das Verhältnis aller Arbeitnehmer zueinander aus. Dies zeigt sich unter anderem an der einheitlichen Lohnpolitik der verschiedenen Gewerkschaften und der Tatsache, daß die Verbesserungen der Arbeitsbedingungen in einem Betrieb über diesen hinauswirken und zu einer Angleichung auch in anderen Betrieben führen (3). Stellt sich somit die Arbeitnehmerschaft als eine geschlossene Gruppe dar, die - wie es gerade bei Arbeitskämpfen deutlich sichtbar wird - weit über den einzelnen Betrieb (4), ja sogar manchmal über ganze Industriezweige hinaus (5) ihre solidarische Verbundenheit nach außen hin bekundet, so muß sie auch in ihrer Gesamtheit den Lohnverlust bei Betriebsstillegungen infolge Streiks auf sich nehmen. Die von Galperin und Schwerd vorgenommene Einschränkung ist daher nicht gerechtfertigt.

3. Kritik an der von Jorns vertretenen Lehre von der Gewerkschaftssolidarität.

Wenn Jorns (6) den Gedanken der Berufs- und Klassensolidarität der Arbeitnehmer für die Lösung des Problems mit dem Hinweis ablehnt, daß in einem modernen Betrieb eine echte Gemeinschaft der Arbeitnehmer

(1) siehe oben S. 32 und 33 der Arbeit;

(2) siehe oben S. 33 der Arbeit;

(3) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954 Nr. 28;

(4) z. B. bei dem Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein;

(5) z. B. bei einem Generalstreik;

(6) siehe oben S. 34 ff. der Arbeit.

im soziologischen Sinne selten sei und nur bei Bestehen einer solchen Gemeinschaft eine Solidarität angenommen werden könne, so beruht dies auf einer Verkenntung des Begriffes "Solidarität", wie er in diesem Zusammenhang gebraucht wird. Wie unten (1) ausgeführt wird, bedeutet der von Schrifttum und Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Teilstreikproblem verwandte Begriff der Arbeitnehmersolidarität nichts anderes als wirtschaftliche Verbundenheit, daß nämlich die Arbeitnehmer im Hinblick auf den Arbeitgeber gleiche wirtschaftliche Interessen haben und darin solidarisch sind. Darauf, ob unter den Arbeitnehmern auch eine gesinnungsmäßige und politische Solidarität besteht oder ob sie eine Gemeinschaft im soziologischen Sinne bilden, kommt es hier nicht an. Nur weil Jorns dies verkennt, gelangt er zu dem Ergebnis, daß allein innerhalb der Gewerkschaften eine Solidarität der Arbeitnehmer bestehe, so daß es lediglich gerechtfertigt sei, den der streikbeteiligten Gewerkschaft angehörenden arbeitswilligen Arbeitnehmern den Lohnanspruch zu versagen.

Auch die von Jorns im Anschluß an diese Untersuchung - zur Vermeidung eines unbilligen Ergebnisses - entwickelte Beweislastregel, die im wesentlichen der von König vertretenen Auffassung entspricht, vermag nicht zu überzeugen und ist im Interesse einer klaren Entscheidung abzulehnen. Die gegen eine solche, auf die Beweisfrage abstellende Lösung sprechenden Bedenken, sind bereits oben (2) bei der Kritik an König und Dersch vorgebracht worden, so daß - um eine Wiederholung zu vermeiden - darauf verwiesen werden kann.

Jorns kann auch darin nicht zugestimmt werden, daß der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei einem wilden Streik bestehen bleiben soll. Der von Jorns zur Begründung hierfür vorgetragene Gesichtspunkt, daß der wilde Streik nichts mit der gewerkschaftlichen Solidarität zu tun habe, kann ein solches Ergebnis nicht rechtfertigen. Die von Jorns dem Arbeitgeber eingeräumte Möglichkeit, den Arbeitswilligen im Falle eines wilden Streiks den Lohnanspruch dann zu versagen, wenn er ihnen ihr Einverständnis mit dem Streik nachweise, befriedigt ebenfalls nicht. Jorns übersieht, daß auch der wilde Streik sich als eine Aktion darstellt, die ihren Ursprung in der Sphäre der Arbeitnehmerschaft hat und von einer solidaren Gruppe der Arbeitnehmer ausgeht, so daß allein schon aus diesem Grunde den Arbeitswilligen bei einem wilden Streik der Lohnanspruch zu versagen ist.

(1) siehe unten S. 80 der Arbeit;

(2) siehe oben S. 53 der Arbeit.

4. Kritik an der Lehre von der Gruppen- und Berufssolidarität aller Arbeitnehmer.

a) Kritik an der von Hueck, Dietz und Bulla vertretenen Ansicht.

Dem von den vorgenannten Autoren vorgeschlagenen Lösungsweg ist - insbesondere was den Ausgangspunkt ihrer Lehre betrifft - grundsätzlich zuzustimmen. Dennoch ist auch an ihren Ansichten in manchen Punkten Kritik zu üben und sind entsprechende Modifikationen vorzuschlagen.

Zutreffend begründen sie die Versagung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen damit, daß bei einem Streik die Betriebsstillegung ihren Ursprung in der Sphäre der Arbeitnehmer hat und die Arbeitswilligen auf Grund der Solidarität aller Arbeitnehmer für das Verhalten ihrer streikenden Arbeitskollegen eintreten müssen. Ihnen ist im Ergebnis auch darin zuzustimmen, daß die Arbeitswilligen den Lohnverlust unabhängig davon zu tragen haben, ob im eigenen oder im fremden Betrieb gestreikt wird, ob sie der streikenden oder einer streikunbeteiligten Gewerkschaft angehören oder auch gar nicht organisiert sind, ob es sich um Arbeiter oder Angestellte handelt. Den dieses weitreichende Ergebnis tragenden Gedanken, daß die gesamte Arbeitnehmerschaft auf Grund ihrer umfangreichen gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen untereinander solidarisch ist, hat Dietz schon früh erkannt und klar herausgestellt (1).

Kritik ist jedoch daran zu üben, daß sowohl Hueck als auch Bulla den Solidaritätsgedanken nicht konsequent durchführen und Erwägungen anstellen, die nicht nur unnötig, sondern auch fehlgehend sind. Dies gilt einmal für Hueck, wenn er den Fortfall der Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem Streik im Lieferbetrieb zusätzlich mit der Einwirkungsmöglichkeit der Gewerkschaften untereinander zu begründen sucht. Diese Argumentation ist überflüssig. Denn beruht der Lohnverlust der Arbeitswilligen auf der Vorstellung der Berufssolidarität der gesamten Arbeitnehmerschaft, so bedarf es nicht noch des Hinweises, daß die verschiedenen Arbeitnehmerorganisationen die Möglichkeit hätten, aufeinander einzuwirken. Eine solch zusätzliche Begründung erweckt sehr leicht den Eindruck, als vermöchte der Solidaritätsgedanke allein das Ergebnis nicht zu tragen. Überdies erscheint mir eine solche von Hueck angenommene Einwirkungsmöglichkeit ziemlich fraglich. Hier ist nämlich zu bedenken, daß die einzelnen Gewerkschaften grundsätzlich unabhängig voneinander sind. Das gilt insbesondere für das Verhältnis vom DGB zur DAG. Bürger (2) ist daher mit Recht der Ansicht, daß sich bei der bestehenden Autonomie

(1) vgl. Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954 Nr. 28, S. 104;

(2) vgl. Bürger, ArbGeb. 1957, 473.

der einzelnen Gewerkschaften eine Einflußnahme der einen Gewerkschaft auf die Entschlüsse der anderen kaum verwirklichen läßt.

Unzutreffend ist auch die von Bulla in der Anmerkung zum Urteil des LAG Hamburg vertretene Ansicht (1) zur Frage der Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem wilden Streik. Anstatt in folgerichtiger Durchführung seiner Lehre von der Gruppen- und Berufssolidarität aller Arbeitnehmer allein darauf abzustellen, daß auch in diesem Fall die Störung des Betriebes aus dem Bereiche der Arbeitnehmerschaft stammt und die Arbeitswilligen auf Grund der Solidarität aller Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch haben, macht Bulla die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers an die Arbeitswilligen davon abhängig, ob für die Arbeitswilligen die Möglichkeit besteht, die wild Streikenden zu beeinflussen.

Da eine solch lenkende Einflußmöglichkeit nur innerhalb des eigenen Betriebes besteht, muß Bulla infolgedessen die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, die infolge eines wilden Streiks im Zulieferbetrieb nicht arbeiten können, bejahen.

Diese Ansicht ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung nicht haltbar. Sie bedeutet einmal eine ungerechtfertigte Begünstigung des von der Rechtsordnung gemißbilligten wilden Streiks. Diese Auffassung steht zum anderen in Widerspruch mit dem im Arbeitskampf geltenden Grundsatz des Kampfrikos und der Kampfparität. Müßte nämlich der Arbeitgeber, dessen Betrieb durch einen wilden Streik in einem Zulieferbetrieb zum Erliegen gekommen ist, seinen arbeitswilligen Arbeitnehmern Lohn zahlen, so wäre hierdurch das den Arbeitskampf beherrschende Prinzip der Kampfparität gestört, da in diesem Fall Angehörige des den Arbeitskampf nicht betreibenden Sozialpartners zu Leistungen gezwungen würden, für die sie nur auf Grund von Kampfmaßnahmen des anderen Sozialpartners keine Gegenleistung erhalten (2). Diese Ansicht läßt zudem den wohl entscheidenden Gesichtspunkt außer acht, daß auch in diesem Fall die Störung aus dem Bereiche der Arbeitnehmerschaft stammt.

b) Kritik an dem von Nikisch und Gross vorgeschlagenen Lösungsweg.

Die von Nikisch vorgeschlagene Lösung ist insoweit zu billigen, als er zur Begründung seiner Ansicht auf den kollektiven Charakter der Arbeitskämpfe und auf die im Streik zum Ausdruck kommende Berufs- und Klassensolidarität der Arbeitnehmer abstellt. Nikisch kann allerdings nicht zugestimmt

(1) siehe oben S. 39 und 40 der Arbeit;

(2) vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB.

werden, wenn er der Tatsache Gewicht beimessen will, ob die Arbeitswilligen mit dem Streik einverstanden sind oder nicht. Die von ihm den Arbeitswilligen eingeräumte Möglichkeit, zur Erhaltung ihrer Lohnansprüche den Beweis zu führen, daß sie den Streik mißbilligen, ist schon allein im Interesse der Rechtssicherheit und einer klaren Entscheidung abzulehnen. Dieser Lösung stehen dieselben Bedenken gegenüber wie sie bereits oben (1) bei der Kritik an den Ansichten von König und Jorns geäußert wurden. Denn auch hier würde das Ergebnis davon abhängen, ob im Einzelfall den Arbeitswilligen der Beweis gelingt oder nicht, was allzuoft von reinen Zufällen abhängt und zu unbilligen Entscheidungen führt. Abgesehen von diesen Überlegungen sprechen gegen den Vorschlag Nikisch einmal der Gedanke der Arbeitnehmersolidarität und zum anderen der Gesichtspunkt, daß es sich hierbei um eine Störung aus der Sphäre des sozialen Gegenspielers handelt, Nikisch kann auch darin nicht beigepflichtet werden, daß es für das Bestehen des Lohnanspruchs der Arbeitswilligen von Bedeutung sein soll, ob es sich bei den arbeitswilligen Arbeitnehmern um Arbeiter oder Angestellte handelt. Es ist nicht einzusehen, warum eine Gleichstellung der Angestellten mit den Arbeitern im Falle eines Streiks den "soziologischen Gegebenheiten" widersprechen würde. Denn einmal zeigen die Bemühungen beider Arbeitnehmergruppen und ihrer Interessenverbände die Tendenz, die sozialen Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten auszugleichen (2). Zum anderen und das ist hier entscheidend, hat die Erfahrung gezeigt, daß die durch einen erfolgreich durchgeführten Streik erzielten Verbesserungen der Arbeitsbedingungen mehr oder weniger allen Arbeitnehmern zugute kommen, Arbeitern wie Angestellten. Hieraus folgt, daß Arbeiter wie auch Angestellte an dem Erfolg eines Streiks in gleich großem Maße interessiert sind, unabhängig davon, ob sich beide Gruppen an dem Streik beteiligen oder ob der Streik nur von einer Gruppe geführt wird. Auf Grund dieser gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen sind daher Arbeiter und Angestellte untereinander solidarisch (3), so daß auch bei einem nur von den Arbeitern geführten Streik die Angestellten keinen Anspruch auf ihr Gehalt haben.

Unzutreffend ist ferner die von Nikisch vertretene Ansicht, daß im Falle eines wilden Streiks die Arbeitswilligen grundsätzlich ihren Lohnanspruch behalten sollen. Die von Nikisch hierfür gegebene Begründung, der wilde Streik sei eine Aktion, die nicht von einer anerkannten Organisation ausgehe, ist nicht stichhaltig und vermag das Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Denn für die Beurteilung der hier zu entscheidenden Fragen kommt es

(1) siehe oben S. 53 und 56 der Arbeit;

(2) so Natzel, Betrieb 1958, 572 (573);

(3) vgl. die Ausführungen auf S. 83 ff. der Arbeit.

grundsätzlich nicht darauf an, ob es sich um einen mit Zustimmung der Gewerkschaften geführten Streik handelt oder nicht. Entscheidend ist auch hier, daß - wie schon oben (1) ausgeführt wurde - auch der wilde Streik seinen Ursprung in der Sphäre der Arbeitnehmerschaft hat, auf die der Arbeitgeber keinerlei lenkenden Einfluß hat (2). Zum anderen beruht auch die durch einen wilden Streik herbeigeführte Betriebsstillegung auf einem kollektiven Kampfact, der von einer solidaren Gruppe der Arbeitnehmer getragen wird, so daß auch in diesem Falle die Lohnansprüche der Arbeitswilligen aufgrund der Solidarität aller Arbeitnehmer entfallen.

Gross ist insoweit zuzustimmen, als er ebenfalls zur Begründung seiner Ansicht den Sphärengedanken und den Gesichtspunkt der Arbeitnehmersolidarität heranzieht und infolgedessen sowohl bei einem Teilstreik im eigenen Betrieb als auch bei einem Streik in einem Zulieferbetrieb die Lohnansprüche der Arbeitswilligen verneint.

Abzulehnen ist jedoch die von ihm vertretene Auffassung, daß diese Grundsätze nicht auch für die Gehaltsansprüche der arbeitswilligen Angestellten gelten sollen, wenn sie infolge eines Teilstreiks der Arbeiter nicht beschäftigt werden können. Auf die hiergegen sprechenden Bedenken ist bereits bei der Kritik an Nikisch (3) hingewiesen worden, so daß zur Vermeidung einer Wiederholung darauf verwiesen werden kann.

Ebenso ist den Ausführungen Gross zur Frage der Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem wilden Streik nicht zu folgen. Daß es für die Verneinung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen nicht darauf ankommt, ob die arbeitswilligen Arbeitnehmer mit den wild Streikenden sympathisieren, sondern allein darauf, daß es sich auch bei einer Betriebsstillegung infolge wilden Streiks um eine Störung aus dem Bereiche der untereinander solidarischen Arbeitnehmer handelt, ist ebenfalls schon oben (4) dargelegt worden.

-
- (1) siehe oben S. 58 der Arbeit;
 - (2) so BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB;
 - (3) siehe oben S. 59 der Arbeit;
 - (4) siehe oben S. 56 und 58 der Arbeit;

B. Kritik an der Rechtsprechung

I. Ablehnung der vom RG und vom RAG vertretenen Theorie von der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft (1).

Das Urteil des RG vom 6. 2. 1923 hat damals großes Aufsehen hervorgerufen und ist heftig kritisiert worden (2). Die Kritik richtete sich einmal gegen das vom RG gewonnene Ergebnis, in erster Linie jedoch gegen seine Begründung. Hauptansatzpunkt der Kritik war die vom Gericht vertretene Auffassung, daß bei einer Lösung des Problems nicht von den Vorschriften des BGB ausgegangen werden dürfe. Hiergegen wandte die Kritik ein, das RG habe den Boden des Gesetzes verlassen, obwohl eine Entscheidung nach den geltenden Gesetzesbestimmungen durchaus möglich sei und zu brauchbaren und billigen Ergebnissen führe. Das Gericht habe sich durch die Einführung der sogenannten arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise gesetzgeberische Aufgaben angemaßt, die ihm nicht zukommen (3). Man sah in der Entscheidung den Beginn einer Entwicklung, die man als Überwindung des Zivilrechts charakterisierte und deren Kritik in dem Ausspruch gipfelte: "Das BGB stirbt, und das Reichsgericht ist sein Totengräber" (4).

Andererseits haben namhafte Stimmen in der Literatur gerade diese Abkehr des RG von der individualistischen Betrachtungsweise des BGB und die Betonung des kollektiven Gedankens im Arbeitsrecht lebhaft begrüßt (5).

Grundsätzlich ist zu dieser Kritik an dem Urteil des RG zu sagen, daß die mannigfachen bisherigen Versuche, eine Lösung der Streitfrage unter Anwendung der Vorschriften des BGB zu gewinnen, zu keinem befriedigen-

-
- (1) Wegen der Tragweite und Aktualität dieser Urteile, deren entscheidende Gedanken vom BAG übernommen und weiterentwickelt worden sind, ist es angebracht, auf die damals an dieser Rechtsprechung geübte Kritik näher einzugehen und sich mit ihr auseinander zu setzen.
 - (2) Aus der großen Zahl der Kritiken und Besprechungen dieses Urteils sind hervorzuheben: Hueck, Anm. zu RG, JW 1923, 831; Herschel, ArbR. 1923, 681; Sinzheimer, ArbR 1924, 473; Samson, ArbR 1925, 417; Potthoff, ArbR 1923, 673; Hedemann, a. a. O., S. 40;
 - (3) so Jaenecke, a. a. O., S. 34;
 - (4) so Oppermann, ArbR. 1925, Sp. 255 (260);
 - (5) so Hueck, in "Die Rechtsprechung des RG", Bd. 1, 343; Hedemann, a. a. O., S. 40 ff.; Potthoff, ArbR. 1923, 673.

den Ergebnis geführt hatten. Denn nach wie vor standen sich die Lehren vom Annahmeverzug und von der Unmöglichkeit mit ihren zahlreichen Abwandlungen gegenüber. Dies bedeutet aber, wie bereits oben dargelegt wurde (1), daß das BGB keine Lösung für das Problem gibt. Da somit eine Lücke im Gesetz vorlag, war das RG, angesichts der durch die sich widersprechenden Entscheidungen der unteren Gerichte hervorgerufenen Rechtsunsicherheit, berechtigt und verpflichtet, diese Lücke auszufüllen (2). Das RG hat sich daher nicht gesetzgeberische Aufgaben angemaßt, denn die Aufgabe der Rechtsprechung besteht nicht nur in der Anwendung, sondern auch in der Fortbildung des Rechts. Da das Gesetz weder allen Mannigfaltigkeiten des Lebens Rechnung tragen, noch jedem Wechsel der Verhältnisse sofort folgen kann, ist eine "mit dem praktischen Leben eng verbundene, die Bedürfnisse erkennende und ihnen Rechnung tragende Rechtsprechung" eine notwendige Ergänzung der Gesetzgebung (3). Das RG hat daher zu Recht zur Ausfüllung dieser im Gesetz bestehenden Lücke auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen, wobei es die sozialen Verhältnisse und insbesondere den stark kollektiven Charakter des modernen Arbeitsrechts zu berücksichtigen hatte (4).

Ob allerdings die sozialen Gesichtspunkte, die das RG zur Begründung seiner Entscheidung herangezogen hat, zutreffend waren, ist eine andere, hiervon zu unterscheidende Frage. So ist zwar - insbesondere von Hueck (5) und Potthoff (6) - die vom RG vorgenommene arbeitsrechtliche Betrachtungsweise lebhaft begrüßt worden, jedoch der vom Gericht zur Begründung des Lohnverlustes der Arbeitswilligen herangezogene Gedanke der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als fehlgehend abgelehnt worden. Gegen diesen Gedanken wurde vor allem geltend gemacht, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer wohl eine Arbeitsgemeinschaft bildeten, daß aber keine Vermögensgemeinschaft hinsichtlich des Betriebes und seiner Ergebnisse bestehe (7). Vermögensrechtlich, so wurde ausgeführt, stehe der Arbeitnehmerschaft nur die Person des Arbeitgebers gegenüber. Der Betrieb gehöre dem Unternehmer und ihm fielen auch die Betriebsergebnisse zu, so daß er dementsprechend auch für die

(1) siehe oben S. 52 der Arbeit;

(2) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 319;

(3) so Potthoff, Schlichtungswesen 1926, 145;

(4) so Hueck, in "Rechtsprechung des RG", Bd. 1, 343;

(5) so Hueck, in "Rechtsprechung des RG", Bd. 1, 343;

(6) so Potthoff, ArbR. 1923, 673;

(7) so Hueck, in "Rechtsprechung des RG", Bd. 1, 343; Simson, a. a. O., S. 28; Oppenheimer, a. a. O., S. 33.

Löhne aufkommen müsse, ganz gleich, ob er sie aus den Erträgen des Betriebes decken könne oder nicht. Die Lohnzahlungspflicht sei von den Erträgen der Arbeitsleistung ebenso wenig abhängig wie vom Funktionieren des Betriebes und vom Vermögen des Arbeitgebers (1).

Diese gegen die Verwendung des Gedankens der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft erhobenen Bedenken treffen auch heute noch in gleichem Maße zu. Zwar kann und soll eine Betriebsverbundenheit der Arbeitnehmer und das Bestehen einer sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht geleugnet werden. Die Bedeutung der betrieblichen Verbundenheit hat in neuerer Zeit durch die Grundtendenz des Betriebsverfassungsgesetzes neue Stärkung gefunden (2). Dies berechtigt aber nicht dazu, aus dieser Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Pflichten der Arbeitnehmer herzuleiten, denen gleichartige Rechte der Arbeitnehmer nicht gegenüberstehen. Denn nach wie vor besteht auch heute weder eine Vermögensgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinsichtlich des Betriebes und seiner Ergebnisse, noch kann von einer echten Beteiligung der Arbeitnehmer an der Betriebsleitung die Rede sein (3). Gegen eine Verwendung dieses Gedankens bei der Frage nach der Lohnzahlung beim Arbeitskampf spricht nicht zuletzt der Umstand, daß gerade der Streik ja alles andere als Ausdruck betrieblicher Verbundenheit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist (4).

Trotz dieser Mängel ist die Entscheidung des RG bahnbrechend gewesen für die gesamte weitere Entwicklung des Streikrechts, da sie die wohl allein gangbare arbeitsrechtliche Betrachtungsweise einführt. Die Bedeutung dieses Urteils liegt einmal darin, daß in ihm der kollektive Charakter des modernen Arbeitsrechts in den Vordergrund gestellt wird gegenüber dem individualistischen Standpunkt des früheren Rechts. Von nicht minderer Bedeutung ist die Tatsache, daß in dieser Entscheidung zum erstenmal dem Gesichtspunkt der Arbeitnehmersolidarität rechtliche Bedeutung beigemessen wird. Dem steht nicht entgegen, daß das RG - wie oben (5) bereits ausgeführt - sein Ergebnis mit der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern bestehenden Arbeits- und Betriebsgemeinschaft begründete. Diese umfassendere Konstruktion der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft schließt nämlich notwendig den Gedanken der Solidarität

(1) so Jaenecke, a. a. O., S. 34; Herschel, ArbR. 1923, Sp. 681/682;

(2) so Dietz, zu § 49 BetrVG., Anm. 1;

(3) so LAG Kiel, Betrieb 1957, 677;

(4) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954 Nr. 28;

(5) siehe oben S. 25 der Arbeit.

der Arbeitnehmer ein (1).

Die Kritik an der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts richtete sich weniger gegen das vom Gericht gewonnene Ergebnis; denn darin, daß bei einer Betriebsstillegung infolge Teilstreiks der Arbeitgeber von der Lohnzahlung an die Arbeitswilligen befreit werden müsse, bestand nunmehr in der Rechtsprechung und Literatur fast einmütige Übereinstimmung, wenn man von den aus der Gewerkschaftssicht herrührenden Stimmen von Nörpel (2) und Neumann (3) absieht.

Heftig kritisiert wurde jedoch die vom RAG in seiner Grundsatzentscheidung vom 20. 6. 1928 (4) gegebene Begründung. Hier wändte sich die Kritik weniger dagegen, daß sich das Gericht der vom Reichsgericht begonnenen arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise angeschlossen hatte (5). Hauptangriffspunkt der Kritik war der vom RAG zur Begründung seiner Entscheidung übernommene und weiterentwickelte Gedanke der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft. Von der Literatur ist diese Begründung mit den gleichen Argumenten, wie sie auch gegen das Urteil des RG vorgebracht wurden, allgemein abgelehnt worden (6). Das RAG hat aber an dieser Begründung - trotz der daran geübten Kritik - auch in seiner späteren Rechtsprechung festgehalten (7).

Wegen der Bedenken, die auch heute noch gegen die Verwendung des Gedankens der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft in diesem Zusammenhang sprechen, sei - um eine Wiederholung zu vermeiden - auf die an dem Urteil des Reichsgerichts geübte Kritik hingewiesen (8). Was dort gegen die Verwendung dieses Gedankens gesagt wurde, gilt auch gegenüber dem Urteil des RAG.

Der vom RAG herausgestellte Gedanke der Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander ist demgegenüber nur vereinzelt kritisiert worden. Sinzheimer (9) äußerte hierzu allerdings, daß die Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander nichts anderes sei, als eine gleichheitliche Unterworfenheit aller Arbeitnehmer unter die dirigierende Dienstgewalt des

(1) so Erdmann, a. a. O., S. 80; Siebert, RdA 1959, 167, 170;

(2) vgl. Nörpel, Arbeitsrechts-Praxis 1928, 193, 194;

(3) vgl. Neumann, Arbeitsrechts-Praxis 1928, 219, 222;

(4) RAG, ARS 3, 116 ff.;

(5) siehe jedoch Jaenecke, a. a. O., S. 33, 54;

(6) vgl. Hueck, Anm. zu RAG, ARS 3, 123; Sinzheimer, ArbR. 1929, 223 (225); Aulike, a. a. O., S. 14;

(7) vgl. RAG, ARS 5, 32; ARS 7, 305; ARS 8, 407;

(8) siehe oben S. 62 ff. der Arbeit;

(9) so Sinzheimer, ArbR. 1929, 223 (225).

Arbeitgebers. Sie entspringe dem gewaltrechtlichen Verhältnis, in dem die Arbeitnehmerschaft zu dem Arbeitgeber stehe. Nach Sinzheimer be- ruht das einheitliche Zusammenwirken der Arbeitnehmer eines Betriebes nicht auf einem vom RAG angenommenen Gemeinschaftsverhältnis, son- dern auf einer Gewalteinheit, der alle Arbeitnehmer unterworfen sind.

Dieser Auffassung Sinzheimers kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Seine extrem weitgehenden Folgerungen finden ihre Erklärung "in der durch seine marxistische Betrachtungsweise bedingten Auffassung des Ka- pitalismus" (1). Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch unserem Ar- beitsrecht fremd und widerspricht auch den heutigen modernen arbeits- rechtlichen Anschauungen.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die vom RG und RAG vertre- tene Theorie der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft keine endgültige Lö- sung des Problems gebracht hat. Zu begrüßen ist aber - wie schon oben (2) ausgeführt wurde - daß beide Gerichte, bei dem Versuch, eine Lösung zu finden, den modernen arbeitsrechtlichen Gesichtspunkt des Kollektivismus herangezogen haben, denn gerade bei der Beurteilung eines Streiks und der dadurch hervorgerufenen Folgen spielt das kollekti- ve Moment eine große, wenn nicht sogar die entscheidende Rolle. Insbe- sondere aber in der Herausstellung des Gesichtspunktes, daß die Betriebs- stilllegung infolge Streiks ihren Ursprung in der Sphäre der Arbeitnehmer hat und in der Hervorhebung des Gedankens der Arbeitnehmersolidarität liegt das Verdienst dieser Entscheidungen. Hier hat das RAG noch deutli- cher als zuvor das RG die solidarische Verbundenheit der Arbeitnehmer anerkannt und daraus wichtige Rechtsfolgen hergeleitet.

II. Kritik an der neueren Rechtsprechung.

1. Kritik an dem Urteil des Arbeitsgerichts Kassel.

Die Kritik an der Stellungnahme dieses Gerichts richtete sich nicht gegen das Ergebnis, sondern allein gegen dessen Begründung. Jorns (3) wirft dem Gericht Inkonsequenz vor. Er meint, das Gericht weise zunächst richtig darauf hin, daß der lohnbegehrende Arbeitnehmer gar nicht in der Lage gewesen sei, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Statt nun

(1) so Prym, a. a. O., S. 42;

(2) siehe oben S. 63 der Arbeit;

(3) so Jorns, a. a. O., S. 71.

diesen Gedanken zu Ende zu führen und Unmöglichkeit anzunehmen, prüfe das Gericht, ob hier eine Begrenzung der grundsätzlichen Verantwortung des Arbeitgebers unter dem Gesichtspunkt der höheren Gewalt in Frage komme. Das Gericht habe somit im Ergebnis sowohl davon abgesehen, daß es dem Arbeitnehmer überhaupt nicht möglich gewesen sei, seine Arbeitskraft anzubieten als auch davon, daß hier die Störung gerade aus der Sphäre der Arbeitnehmerschaft komme.

Dieser von Jorns geübten Kritik ist insoweit zuzustimmen, als er das Urteil als unklar und nicht konsequent bezeichnet, insofern nämlich das Gericht zunächst vom Individualrecht ausgeht, in seiner weiteren Begründung jedoch diese individualrechtliche Basis verläßt. Jorns kann aber nicht gefolgt werden, wenn er eine Lösung darauf abstellen will, daß im vorliegenden Fall der klagende Arbeitnehmer gar nicht in der Lage gewesen sei, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Hierauf kommt es nicht an. Für die Versagung des Lohnanspruchs wäre in diesem Fall allein der Gesichtspunkt maßgebend gewesen, daß die Arbeit infolge einer aus dem Bereiche der Arbeitnehmerschaft stammenden Störung nicht geleistet werden konnte. Dies wird von Blohm (1) in seiner Besprechung des Urteils klar herausgestellt. Ob die Arbeitswilligen deswegen nicht arbeiten können, weil infolge eines Streiks die Maschinen nicht laufen oder weil sie von ihren Arbeitskollegen am Betreten des Betriebes gehindert werden, vermag eine unterschiedliche Beurteilung hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens ihrer Lohnansprüche nicht zu rechtfertigen. Das Arbeitsgericht hätte daher seine Entscheidung unter Heranziehung der arbeitsrechtlichen Gesichtspunkte treffen müssen, wie sie von Rechtsprechung und Literatur für den Fall des Teilstreiks entwickelt worden sind.

2. Kritik an der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte

Das LAG Hannover, dessen Urteil der gleiche Sachverhalt zugrunde lag wie der Entscheidung des Arbeitsgerichts Kassel, hat dann auch in seiner Urteilsbegründung mit Recht ausgeführt, daß dieser Sachverhalt die gleiche Behandlung erfahren müsse, als wenn die Ursache des Arbeitsausfalls in der fehlenden Mitarbeit der Arbeitskollegen liege.

In seiner Besprechung des Urteils stimmt Dietz (2) der vom LAG Hannover getroffenen Entscheidung in vollem Umfange zu. Er begrüßt, daß sich das Gericht zu der vom RG und RAG entwickelten Sphärentheorie bekennt

(1) vgl. Blohm, Anm. zu Arbger. Kassel, SAE 1953, Nr. 57, S. 141.

(2) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28, S. 103.

und den Wegfall der Lohnansprüche der Arbeitswilligen mit der solidarischen Verbundenheit der Arbeitnehmer begründet. Die Solidarität, so bemerkt Dietz, komme gerade bei einem Streik deutlich zum Ausdruck. Mit Recht billigt Dietz ferner die vom Gericht vertretene Auffassung, daß eine Verbundenheit der arbeitswilligen Angestellten mit den streikenden Arbeitern nicht vorzuliegen brauche, um den Angestellten das Gehalt zu versagen.

Gerade diese vom LAG Hannover vorgenommene Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten bei einem Streik wird von Molitor (1) in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung bemängelt. Molitor meint, daß LAG hätte in richtiger Anwendung der vom RG und RAG entwickelten Grundsätze untersuchen müssen, ob das Hindernis aus der Sphäre des sein Gehalt einklagenden Angestellten stamme, ob also der Streik den Angestellten überhaupt zuzurechnen sei. Dies sei aber zu verneinen gewesen. Die vom Gericht angenommene Verbundenheit der Angestellten mit den streikenden Arbeitern sei grundsätzlich abzulehnen. Von einer Verbundenheit zwischen beiden Gruppen könne nur dann gesprochen werden, wenn sich die Angestellten mit den streikenden Arbeitern solidarisch erklärten.

Dieser Auffassung Molitors ist nicht zu folgen. Einmal ist der Hinweis auf die Rechtsprechung des RG und des RAG insoweit fehlgehend, als nach dieser Rechtsprechung immer nur zwischen der Sphäre des Arbeitgebers und der der Arbeitnehmer unterschieden wurde. Eine weitere Aufteilung in eine Sphäre der Angestellten und in eine Sphäre der Arbeiter hat weder das RG noch das RAG vorgenommen. Eine solche Unterscheidung ist auch nicht gerechtfertigt. Denn dem Arbeitgeber als sozialem Gegenspieler stehen Arbeiter und Angestellte als eine geschlossene Gruppe gegenüber, nämlich als Gruppe der solidarisch verbundenen Arbeitnehmerschaft. Bei einer Betriebsstillegung, die ihre Ursache in dem Bereich dieser Gruppe hat, muß daher die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers entfallen, unabhängig davon, ob die Störung auf das Verhalten der Arbeiter oder Angestellten zurückzuführen ist (2).

Das Urteil des LAG Hamburg (3) ist allgemein positiv aufgenommen worden. Es verdient meines Erachtens auch mit Recht sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung volle Zustimmung, wenn man davon absieht, daß es einleitend in den alten Fehler verfällt, zu untersuchen, ob nicht auch

-
- (1) so Molitor, Anm. zu LAG Hannover, BB 1953, 886;
 - (2) vgl. hierzu die von mir oben auf S. 59 dieser Arbeit zur Begründung dieser Ansicht vorgetragenen Argumente, sowie unten auf S. 84 der Arbeit;
 - (3) siehe oben S. 45 der Arbeit.

auf dem Boden des BGB eine Lösung gefunden werden kann.

Osthold (1) stimmt in seiner Besprechung insbesondere dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sphärengedanken zu. Er meint, daß BGB gebe selbst einen Hinweis auf die Sphärentheorie, indem es die Prüfung der Frage, ob der Arbeitgeber die nachfolgende Unmöglichkeit zu vertreten habe, zur Pflicht mache. Unabhängig von dieser bürgerlich-rechtlichen Konstruktion, so führt Osthold weiter aus, liege die richtige Lösung des Problems in der Gesamtbewertung des Arbeitskampfes. Danach sei entscheidend, daß die Arbeitnehmer als soziale Gruppe das gemeinsame Schicksal zu tragen hätten, unabhängig davon, ob sich der einzelne Arbeitnehmer an einer Arbeitskampfmaßnahme beteilige oder nicht. Da insbesondere die Grundregeln des Arbeitskampfes in der Kampfparität und dem Kampfisiko bestünden, seien die von der Rechtsprechung bisher entwickelten und vom LAG Hamburg im vorliegenden Fall vertretenen Grundsätze einer Gefahrenverteilung noch durchaus aktuell.

Bulla (2) hält ebenfalls das Urteil des LAG Hamburg für zutreffend. Er befürwortet den vom Gericht zur Versagung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen herangezogenen Gedanken der Gruppensolidarität der gesamten Arbeitnehmerschaft. Insbesondere das in der zurechenbaren Gruppensolidarität zum Ausdruck kommende kollektive Moment rechtfertige, wie das LAG Hamburg richtig erkannt habe, heute um so mehr den Lohnverlust der streikunbeteiligten arbeitswilligen Arbeitnehmer, als der Große Senat des BAG in seinem Beschluß vom 28. 1. 1955 das kollektive Wesen des Streiks mit gewichtigen Rechtsfolgen für das gesamte Arbeitsprivatrecht besonders betont habe.

Auch Bürger (3) stimmt der Auffassung des LAG Hamburg zu. Er meint, die vom LAG angewandte Sphärentheorie führe nicht nur zu einer zweckmäßigen, sondern auch zu einer dem Wesen des Arbeitsrechts adäquaten Lösung dieses Problems. Die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen, die das RG und das RAG bewogen hätten die Sphärentheorie zu entwickeln, hätten sich weder geändert noch hätten sie an Bedeutung eingebüßt. Bürger weist ebenfalls in diesem Zusammenhang auf den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955 hin und meint, daß das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung zu einer Gesamtbewertung des Streiks gekommen sei und festgestellt habe, daß die Arbeitnehmer als soziale Gruppe auch

(1) so Osthold, Anm. zu LAG Hamburg, ArbGeb. 1955, 492;

(2) so Bulla, Anm. zu LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32;

(3) so Bürger, BfStSozArbR. 1955, 365.

das gemeinsame Schicksal tragen müßten, soweit es um die Auswirkungen eines Streiks gehe. Auch aus dieser Sicht sei das Urteil des LAG Hamburg gerechtfertigt. Der Verlust der Lohnansprüche der arbeitswilligen Arbeitnehmer entspricht nach Bürger auch der "praktischen Notwendigkeit der Klarstellung einer echten Kampfparität in der Ausgangsposition des Arbeitskampfes".

Die vom LAG Kiel in seinem Urteil vom 28. 1. 1957 (1) vertretene Ansicht, daß der Arbeitgeber auf jeden Fall die arbeitswilligen Arbeitnehmer aussperren müsse, um seiner Lohnzahlungspflicht zu entgehen, ist abzulehnen. Die gegen eine solche Lösung sprechenden Bedenken sind bereits bei der Kritik an Nipperdey und Bötticher vorgebracht worden, so daß zur Vermeidung einer Wiederholung darauf verwiesen wird (2). Dem LAG Kiel ist aber auch darin nicht zu folgen, daß es eine grundsätzliche Interessenverbundenheit der am Streik nicht beteiligten Angestellten mit den streikenden Arbeitern verneint. Das Gericht verkennet hierbei, daß es für die Annahme einer Solidarität zwischen Arbeitern und Angestellten nicht erforderlich ist, daß in jedem Einzelfall die wirtschaftlichen Interessen der Arbeiter mit denen der Angestellten übereinstimmen müssen. Entscheidend für die grundsätzliche Verbundenheit der gesamten Arbeitnehmerschaft ist die Tatsache, daß Angestellte und Arbeiter als geschlossene Gruppe dem Arbeitgeber als sozialem Gegenspieler gegenüber treten und im Hinblick auf den Arbeitgeber gleiche wirtschaftliche Interessen, nämlich die Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen haben, die sie notfalls durch Kampfmaßnahmen erzwingen. Dem entspricht es aber aus Gründen der Kampfparität und des Kampfrisikos, daß die Arbeitswilligen - unabhängig davon, ob es sich um Angestellte oder Arbeiter handelt - bei Betriebsstillegungen infolge Störungen, die aus der Sphäre ihrer sozialen Gruppe herrühren, den Lohnverlust tragen.

Da sich das LAG Kiel in seinem Urteil vom 8. 4. 1957 (3) in vollem Umfange der Ansicht des BAG angeschlossen hat, bedarf es einer gesonderten Stellungnahme zu dieser Auffassung nicht.

3. Kritik an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Die vom BAG im Anschluß an die Rechtsprechung des RG und RAG vertretene Ansicht, daß eine Lösung der Betriebsrisikofrage, insbesondere des

(1) siehe oben S. 46 der Arbeit;

(2) siehe oben S. 54 der Arbeit;

(3) siehe oben S. 47 der Arbeit.

hier zu erörternden Teilstreikproblems nicht auf Grund der Vorschriften des BGB getroffen werden kann, ist von der Literatur (1) fast einhellig gebilligt worden.

Auch die vom BAG zur Begründung seiner Entscheidungen herangezogenen Gesichtspunkte, nämlich der Sphärengedanke und der Gedanke der Arbeitnehmersolidarität sind vom überwiegenden Teil des Schrifttums gebilligt worden (2). Ob die Solidarität der Arbeitnehmer so weit geht, wie sie das BAG seinen Urteilen zugrunde legt, daß sie die gesamte Arbeitnehmerschaft umfaßt, Organisierte und Nichtorganisierte, Angestellte und Arbeiter, darüber bestehen allerdings in der Literatur erhebliche Meinungsverschiedenheiten, die auch in der Kritik an der Rechtsprechung des BAG zum Ausdruck gekommen sind.

Während Hueck (3), Bulla (4) und Kauffmann (5) der Rechtsprechung des BAG sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung in vollem Umfange zustimmen (6), da sie sich mit der von ihnen vertretenen Auffassung deckt, lehnen andere Autoren (7) die vom BAG angenommene Arbeitnehmersolidarität als zu weitgehend und nicht den Verhältnissen entsprechend ab. Hierbei wird insbesondere bemängelt, daß das Bundesarbeitsgericht hinsichtlich der Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem Streik keinen Unterschied mache zwischen Arbeitern und Angestellten und infolgedessen bei einem Teilstreik der Arbeiter auch den arbeitswilligen Angestellten den Gehaltsanspruch versage.

Gegen diese vom BAG zuletzt noch in seinem Urteil vom 24. 1. 1958 (8)

-
- (1) so Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB; Bulla, Anm. zu BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 7; Kauffmann, Anm. zu BAG SAE 1957, 182; Jorns, a. a. O., S. 75; Bürger, Arb. Geb. 1957, 473; Natzel, Betrieb 1958, 572; a. A. Dersch, in Kaskel-Dersch, a. a. O., S. 169;
 - (2) vgl. die unter Anm. 1 genannten Autoren;
 - (3) so Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB;
 - (4) vgl. Bulla, Anm. zu BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 7;
 - (5) vgl. Kauffmann, Anm. zu BAG, Betrieb 1957, 845 und SAE 1957, 183;
 - (6) vgl. auch die uneingeschränkte Bejahung der vom BAG aufgestellten Grundsätze in ArbGeb. 1957, 846;
 - (7) so Jorns, a. a. O., S. 75; Nikisch, Anm. zu BAG, SAE 1957, 171 (172); Teichmann, PrdK 1958, Gruppe IV, S. 187;
 - (8) BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB.

vertretene Ansicht hat besonders die Deutsche Angestelltengewerkschaft schwere Bedenken erhoben. Sie forderte in ihrem Organ "Der Angestellte" (1) vom Gesetzgeber eine eindeutige Schutzvorschrift zugunsten der durch die Rechtsprechung des BAG gefährdeten Angestellten. Auch verschiedene Bundestagsabgeordnete nahmen die vorgenannte Entscheidung des BAG zum Anlaß, die Bundesregierung in einer kleinen Anfrage (2) um Auskunft zu bitten, was sie zu tun gedenke, "um die durch das Urteil eines höchsten deutschen Gerichts eingetretene unverschuldete, soziale und wirtschaftliche Gefährdung der Angestellten zu beheben?" (3)

Teichmann (4) teilt diese Bedenken ebenfalls. Er meint, das BAG habe übersehen, daß man nicht den soziologischen Verhältnissen zuwider Arbeiter und Angestellte zu einer einheitlichen sozialen Gruppe zusammenfügen und ein einheitliches Solidaritätsbewußtsein unterstellen dürfe. Es sei unbillig, den Angestellten den Gehaltsanspruch bei einem Streik der Arbeiter zu nehmen, an dem sie nicht beteiligt seien.

Die Deutsche Zeitung (5) schließt sich dieser Kritik ebenfalls an und meint, mit der vom BAG gezogenen Folgerung würden die tariftreuen Angestellten nicht geschützt, sondern bestraft. Das in dem Urteil des BAG vom 24. 1. 1958 konstruierte Klassendenken von Arbeitern und Angestellten sei in Wirklichkeit nicht vorhanden. Es könne auf diese Weise erst geweckt werden und dadurch unorganisierte Arbeitnehmer den Gewerkschaften in die Arme treiben und sie radikalisisieren.

Auch Nikisch (6) widerspricht der vom BAG angenommenen Solidarität

-
- (1) vgl. Der Angestellte 1958, Nr. 5, S. 6;
 - (2) vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Drucksache 199;
 - (3) In der Antwort der Bundesregierung (Drucksache 387) stellte Arbeitsminister Blank fest, daß das Urteil nichts grundsätzlich neues bringe. Die von Wissenschaft und Praxis entwickelten Lehren von der Solidarität der Arbeitnehmer untereinander und vom Betriebsrisiko beider Teile würden lediglich fortgeführt. Die Bundesregierung beabsichtige nicht, Maßnahmen zu ergreifen oder Gesetzesänderungen zu unterbreiten, die das Gleichgewicht bei der Risikoverteilung im Arbeitskampf stören würden.
 - (4) vgl. Teichmann, PrdK 1958, Gruppe IV, S. 187;
 - (5) so die Deutsche Zeitung vom 29. 1. 1958, 1. Seite;
 - (6) so Nikisch, Anm. zu BAG, SAE 1957, 171 (172).

zwischen Arbeitern und Angestellten. Zwar seien die Unterschiede in der rechtlichen Stellung der beiden Arbeitnehmergruppen heute nicht mehr ganz so erheblich wie früher, doch seien sie keineswegs unbedeutend und würden überdies durch die gesonderte tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen noch verstärkt. Auch sei das einzige vom BAG angeführte Argument, das eine unterschiedliche Behandlung von Arbeitern und Angestellten verbieten könnte, nämlich die Tatsache, daß der Streikerfolg der Arbeiter erfahrungsgemäß auch den Angestellten zugute komme, keineswegs überzeugend. Daß dieser Gesichtspunkt nicht zutrefte, habe sich bei dem Streik in der schleswig-holsteinischen Metallindustrie gezeigt. Hier sei die Hauptforderung der streikenden Arbeiter auf Gleichstellung mit den Angestellten im Krankheitsfall gegangen. Der Erfolg dieses Streiks konnte daher naturgemäß den Angestellten gar nicht zugute kommen. Ähnlich wie in diesem Fall liege es aber häufig,

Nikisch kritisiert ferner die vom BAG vertretene Auffassung, daß die Arbeitswilligen auch bei einem wilden Teilstreik grundsätzlich ihre Lohnansprüche verlieren sollen. Begründe man - wie er es für zutreffend halte - den Wegfall der Lohnansprüche damit, daß die Gewerkschaften die berufenen Vertreter der Arbeitnehmer seien, und daß deshalb die Folgen ihrer Aktionen von allen betroffenen Arbeitnehmern getragen werden müssten, so könne man den wilden Streik nicht ebenso behandeln. Nur wenn die Interessen der angeblich Arbeitswilligen die gleichen seien, spräche der erste Anschein dafür, daß auch sie den wilden Streik ihrer Arbeitskollegen unterstützten. Es wäre dann ihre Sache, diesen Beweis zu erschüttern.

Jorns (1) lehnt ebenfalls die vom BAG angenommene Solidarität der Arbeitnehmer als zu weitgehend ab. Er hält es für fraglich, ob wirklich hinreichende Gründe dafür vorhanden seien, den ernsthaft auf ihre Unabhängigkeit bedachten arbeitswilligen Arbeitnehmern ihre Lohnansprüche abzuerkennen. Jorns meint, die vom BAG angeführte Tatsache, daß ein erfolgreicher Streik erfahrungsgemäß allen Arbeitnehmern zugute komme, reiche nicht aus, eine Solidarität zwischen Arbeitswilligen und Streikenden zu konstruieren und demzufolge den Arbeitswilligen den Lohn zu versagen.

Wie der Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein gezeigt habe, seien durchaus Streiks möglich, die ausschließlich dem Interesse einer bestimmten Arbeitnehmergruppe dienten. Auch bestehe die vom BAG erwähnte Einwirkungsmöglichkeit nicht im Verhältnis des DGB zur DAG und zu den anderen selbständigen Gewerkschaften, sowie schon gar nicht hinsichtlich

(1) so Jorns, a. a. O., S. 75.

der nichtorganisierten Arbeitnehmer. Man müsse vielmehr davon ausgehen, daß allein die Koalitionen die eigentlichen Träger der Interessen der Arbeitnehmer seien. Sie seien auch normalerweise die Urheber von Streiks, so daß es daher gerechtfertigt sei, den arbeitswilligen Mitgliedern der streikenden Gewerkschaft den Lohn zu versagen, aber nur diesen, nicht auch anderen Arbeitnehmern. Damit sei auch dem vom BAG betonten Prinzip der Waffengleichheit und Gleichbehandlung Genüge getan (1).

Bürger (2) äußert sich überwiegend positiv zu der Rechtsprechung des BAG. Er befürwortet den vom BAG zur Verneinung der Lohnansprüche herangezogenen Gedanken der Arbeitnehmersolidarität in vollem Umfang und meint, dadurch sei klargestellt, daß die Arbeitnehmer als soziale Gruppe das gemeinsame Schicksal tragen müßten, soweit es sich um Auswirkungen eines Streiks handele. Das Bundesarbeitsgericht bekräftige mit seiner Rechtsprechung zum Teilstreikproblem das Prinzip der Kampfparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft. Bedenklich erscheint Bürger jedoch der vom BAG zur Begründung ergänzend herangezogene Gesichtspunkt, daß bei einem Streik eine gegenseitige Einflußmöglichkeit der Gewerkschaften untereinander bestehe. Er meint, daß sich angesichts der Autonomie der einzelnen Industriegewerkschaften bei einem von einer Gewerkschaft ausgerufenen Streik in einem anderen Wirtschaftszweig ein Einfluß auf deren Entschlüsse praktisch kaum verwirklichen lasse.

Natzel (3) hält ebenfalls in seiner Kritik an der Rechtsprechung des BAG - die er grundsätzlich zwar bejaht - den Gesichtspunkt der Einflußmöglichkeit der Gewerkschaften untereinander für nicht stichhaltig. Dieser Begründung könne nur insoweit uneingeschränkt beigespflichtet werden, als es sich bei den Arbeitnehmergruppen ausschließlich um Organisierte handele. Die Begründung versage jedoch bei den Arbeitnehmern, die nicht organisiert seien. Natzel meint, man müsse bei der Versagung der Lohnansprüche Arbeitswilliger allein auf die Tatsache der Zugehörigkeit zur Gruppe des sozialen Gegenspielers hinweisen und auf den Nutzen des Streiks abstellen, der allen Arbeitnehmern zugute komme.

Natzel begrüßt, daß das BAG die von Nipperdey und Bötticher vertretene

(1) so Jorns, a. a. O., S. 76;

(2) so Bürger, ArbGeb. 1957, 473;

(3) so Natzel, Betrieb 1958, 572.

Aussperrungslehre abgelehnt hat, da die von diesen Autoren geforderte Aussperrung der Arbeitswilligen nicht in Übereinstimmung mit dem vom BAG und auch von Nipperdey selbst wiederholt betonten Grundsatz der Freiheit der Kampfmittel stehe.

Eigener Lösungsversuch

Nachdem in den vorhergehenden Teilen der Arbeit die geschichtliche Entwicklung des Problems dargestellt und die verschiedenen Lösungsversuche einer Kritik unterzogen wurden, soll im folgenden versucht werden, in Anknüpfung an die von der Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Grundsätze, eine eigene Lösung zu entwickeln. Zwar konnte den Entscheidungen der Gerichte, was das Ergebnis anbetraf, im allgemeinen zugestimmt werden; die Begründung der Urteile befriedigte jedoch häufig nicht ganz. Oft wurde mit verschwommenen Begriffen gearbeitet, insbesondere vermißte man eine scharfe Herausarbeitung der wirklich entscheidenden Gesichtspunkte. Auch der vom BAG gegebenen Begründung mangelt es letztlich an der erforderlichen Klarheit. Dies gilt vor allem für den vom BAG herangezogenen Gedanken der Solidarität der Arbeitnehmerschaft. Der bloße Hinweis darauf, daß die Solidarität der Arbeitnehmer "nicht nur ein soziologisches Phänomen, sondern auch ein in bestimmten Grenzen zu verwertendes Rechtsprinzip" (1) sei, besagt zu wenig, um daraus eine solche weitgehende Folgerung wie die Versagung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen zu ziehen. Der vom BAG als entscheidend bezeichnete Gesichtspunkt, daß bei einer Betriebsstillegung infolge Streiks die Störung aus dem Bereich des dem Arbeitgeber gegenüberstehenden sozialen Gegenspielers kommt, vermag für sich allein gesehen das Ergebnis nicht zu rechtfertigen.

Aber auch die Behandlung des Problems in der Literatur vermochte nicht eine endgültige Klärung herbeizuführen. Hier sucht man ebenfalls vergeblich nach einer klaren Herausstellung der den Lohnverlust der Arbeitswilligen rechtfertigenden Kriterien. Dieser Mangel zeigt sich besonders bei der Behandlung der sich jeweils ergebenden Einzelfälle, wo die einzelnen Autoren bei gleicher Grundkonzeption zu verschiedenen Ergebnissen kommen (2).

(1) so BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB;

(2) vgl. z. B. die entgegengesetzten Ansichten von Hueck und Nikisch zu der Frage nach den Lohnansprüchen der arbeitswilligen Angestellten bei einem lediglich von den Arbeitern des Betriebes geführten Streik und zur Frage der Behandlung des wilden Streiks.

7. Bejahung der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise

Auf die Frage, ob eine Lösung unter Anwendung der Vorschriften des BGB oder aus den Grundprinzipien des Arbeitsrechts zu finden ist, braucht hier nicht mehr näher eingegangen zu werden. Denn wie bereits oben (1) dargelegt wurde, sind weder die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Dienstleistung noch über den Annahmeverzug des Arbeitgebers geeignet, eine befriedigende Lösung des Problems herbeizuführen. Liegt somit ein Tatbestand vor, der nicht nach den Vorschriften des BGB zu beurteilen ist, so kann eine Lösung dieses arbeitsrechtlichen Problems nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundgedanken des modernen Arbeitsrechts und der Prinzipien unserer heutigen Wirtschaftsverfassung erfolgen (2).

II. Verhältnis von Kollektivismus und Individualismus im heutigen Arbeitsrecht

Versucht man vom Standpunkt des heutigen Arbeitsrechts eine Lösung des Problems zu gewinnen, so bedarf es zunächst der Feststellung, in welchem Verhältnis Kollektivismus und Individualismus in unserem Arbeitsrecht zueinander stehen. Die Feststellung ist in diesem Zusammenhang aus dem Grunde bedeutsam, weil es sich bei einem Streik einerseits um eine kollektive Maßnahme der Arbeitnehmerschaft handelt, während andererseits die Lohnansprüche der arbeitswilligen Arbeitnehmer auf individuellen Vertragsbeziehungen beruhen, mag auch die Höhe der Lohnansprüche durch einen Tarifvertrag bestimmt sein.

Bei den hier zu erörternden Fragen kommt es im Falle eines Streiks immer dann zwischen Individualismus und Kollektivismus zu einem Konflikt, wenn ein Teil der Arbeitnehmerschaft den Streik mißbilligt und arbeitswillig ist. Eine Verneinung der Lohnansprüche der arbeitswilligen Arbeitnehmer bedeutet hier eine Zurückdrängung der individuellen Vertragsbeziehungen durch kollektive Gruppeninteressen, während bei einer Bejahung der Lohnansprüche eine Bevorzugung der Einzelpersonlichkeit eintritt.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß eine Lösung des Problems nur in der Weise erfolgen darf, daß den heutigen Anschauungen über das Verhältnis

(1) siehe oben S. 52 ff. ;

(2) so BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322.

von Individualismus und Kollektivismus Rechnung getragen wird (1).

Eine solche Betrachtungsweise ist keineswegs neu. Eine Gegenüberstellung von Individualismus und Kollektivismus im Arbeitsrecht hat bereits das Reichsgericht in seiner schon öfter erwähnten Teilstreikentscheidung vom 6.2.1923 (2) vorgenommen. In diesem Urteil wurde zum erstenmal klar herausgestellt, daß es sich bei den vorliegenden Fragen nicht nur um das Rechtsverhältnis jedes einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber handelt, sondern daß es um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft, den Arbeitern und den Arbeitgebern geht. Das RG stellte in dieser Entscheidung eindeutig den kollektiven Charakter des modernen Arbeitsrechts gegenüber dem individualistischen Standpunkt des früheren Rechts in den Vordergrund (3).

Die Ausführungen des Reichsgerichts, daß der Arbeitnehmer nicht mehr isoliert als einzelner dem Arbeitgeber gegenüberstehe, sondern daß die Arbeitnehmer sowohl inner- wie überbetrieblich zusammengeschlossen, organisiert seien, was sowohl in dem Betriebsrätegesetz als auch in der rechtlichen Anerkennung der Gewerkschaften und der von ihnen abgeschlossenen Gesamtvereinbarungen zum Ausdruck komme, treffen für die heutige Situation in noch weit stärkerem Maße zu (4). Denn das kollektive Moment im Arbeitsrecht ist seit der Entscheidung des RG vom 6.2.1923 nicht nur nicht zurückgegangen, sondern hat weiter an Bedeutung gewonnen. Hier hat gerade in jüngster Zeit der Große Senat des BAG in seinem Beschluß vom 28.1.1955 den Vorrang des kollektivrechtlichen Wesens des Streiks betont. Das BAG ist in diesem Beschluß zu einer Gesamtbewertung des Streiks gekommen, als es aussprach, daß die Teilnahme an einem kollektivrechtlich erlaubten Streik keine Arbeitsvertragsverletzung darstelle. Diese Feststellung, daß der Streik und die Beteiligung an einem Streik ausschließlich als kollektive Maßnahme zu sehen ist, bedeutet eine Abwendung von der individualrechtlichen Auffassung über den Arbeitskampf (5). Dies hat zur Folge, daß die durch einen Streik hervorgerufenen Verhältnisse auch nur unter kollektivrechtlichen Gesichtspunkten zutreffend beurteilt werden können.

Eine solche Auffassung würde für die hier zu erörternde Frage nach den Lohnansprüchen der Arbeitswilligen bedeuten, daß der einzelne Arbeit-

(1) so Jorns, a. a. O., S. 154;

(2) RGZ 106, 272 ff.; siehe oben S. 24.

(3) so Hueck, in "Die Rechtsprechung des RG", Bd. 1, S. 344;

(4) so Bulla, Anm. zu LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32;

(5) so Siebrecht, a. a. O., 2. Aufl., S. 44.

nehmer, mag er sich nun selbst am Streik beteiligen oder nur von dessen Auswirkungen betroffen werden, nicht als Partei des Arbeitsvertrages, sondern als ein Glied der gesamten Arbeitnehmerschaft zu behandeln ist (1). Der einzelne Arbeitnehmer könnte sich infolgedessen nicht darauf berufen, daß er bereit sei, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen und daher Anspruch auf seinen Lohn habe. Würde also durch das Verhalten der Arbeitnehmerschaft eine Betriebsstillegung verursacht, so müßte der einzelne Arbeitnehmer die Folgen einer von seiner Gruppe ausgehenden Betriebsstörung tragen. Er müßte den Lohnverlust trotz eigener Arbeitswilligkeit auf sich nehmen, nur weil er Mitglied dieser Gruppe ist.

Ob eine solch weitgehende Folgerung gerechtfertigt ist, wird anschließend zu prüfen sein.

III. Die Solidarität der Arbeitnehmer

1. Grundlage und Begriff der Solidarität

Als Grund für den Verlust der Lohnansprüche der Arbeitswilligen, also für eine Hervorhebung der kollektiven Gruppeninteressen unter Zurückdrängung der individuellen Vertragsbeziehungen, könnte eine unter den Arbeitnehmern bestehende Solidarität in Betracht kommen (2).

Es ist daher zu untersuchen, ob und in welchem Umfang eine Arbeitnehmersolidarität besteht. Hier stellt sich als erstes die Frage, welche Form sozialen Zusammenschlusses die Annahme einer Arbeitnehmersolidarität zuläßt. Wie fest muß die Verbundenheit der Arbeitnehmer sein und auf welchen Grundlagen muß sie beruhen, soll der einzelne Arbeitnehmer die Folgen einer von seiner Gruppe ausgehenden kollektiven Handlung tragen ?

Hierzu ist folgendes festzustellen : Ein engerer Zusammenschluß der Arbeitnehmer besteht zunächst einmal auf der Ebene des Betriebes. Der Betrieb vereinigt zwangsläufig alle Arbeitnehmer und zwingt sie in seinen Rhythmus. Er fügt die Arbeitnehmerschaft zur Betriebsbelegschaft zusammen. Die Arbeitnehmer des einzelnen Betriebes verbinden darüber hinaus noch andere Gemeinsamkeiten : Tarifvertrag, der vielfach kraft einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung auch auf die nicht tarifgebundenen Ar-

(1) so Nikisch, RdA 1953, 81;

(2) so Prym, a. a. O., S. 45 ff.; Jorns, a. a. O., S. 155.

betriebslicher des Betriebes angewendet wird (1), sowie Betriebsvereinbarungen regeln generell für alle Belegschaftsmitglieder den Lohn, die Arbeitszeit und die übrigen Arbeitsbedingungen.

Ein weiterer enger Zusammenschluß der Arbeitnehmer zeigt sich zum anderen in den Koalitionen. Sie sind die von der Rechtsordnung anerkannten Vertreter der Arbeitnehmer und Träger ihrer Interessen.

Es fragt sich nun, ob schon dieser Zusammenschluß der Arbeitnehmer in der Betriebsbelegschaft und in den Gewerkschaften die Annahme einer unter ihnen bestehenden Solidarität rechtfertigt.

Hier ist zu bedenken, daß sich der Zusammenschluß der Arbeitnehmer in der Betriebsgemeinschaft als eine mehr oder weniger durch äußere Tatsachen geformte Einheit darstellt. Der eigene Wille des einzelnen Arbeitnehmers ist für das Zustandekommen dieser Gemeinschaft von nur geringer Bedeutung (2).

Demgegenüber beruht zwar der Zusammenschluß der Arbeitnehmer in den Gewerkschaften auf einem bewußten Akt jedes einzelnen Arbeitnehmers (3). Eine Solidarität der gesamten Betriebsbelegschaft ließe sich hieraus jedoch nur dann herleiten, wenn alle Arbeitnehmer des Betriebes organisiert wären. Dies trifft aber in den seltensten Fällen zu.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß die Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zur Betriebsbelegschaft oder zur Gewerkschaft für sich allein nicht ausreicht, eine solch schwerwiegende und weitreichende Folgerung zu ziehen. Es müssen vielmehr zu dieser Verbundenheit der Arbeitnehmer noch weitere Umstände verbindend und zwingend hinzukommen, um eine Solidarität der Arbeitnehmer annehmen zu können (4).

Ein solch zusätzlicher, die solidarische Verbundenheit begründender Umstand ist der Arbeitskampf, in dem die Arbeitnehmerschaft als soziale Gruppe und als soziologischer Gegenpol zum Arbeitgeber kollektiv in Erscheinung tritt (5). Hier liegt das entscheidende Moment in der bei einem Streik zum Ausdruck kommenden Gemeinsamkeit wirtschaftlicher, insbesondere lohnpolitischer Interessen (6). Denn der Streik ist nicht nur deshalb Ausdruck solidarischer Verbundenheit, weil er überhaupt nur als eine gemeinsame Aktion mehrerer Arbeitnehmer möglich ist, sondern insbeson-

(1) vgl. Nikisch, Lb., 2. Aufl., 1 Bd., S. 290;

(2) so Erdmann, a. a. O., S. 85;

(3) so Jorns, a. a. O., S. 156;

(4) so LAG Elberfeld, ARS 3, 2. Abt., S. 127 (130);

(5) so schon RAG, ARS 5, 32 : Arbeitnehmer und Arbeitgeber stehen sich im Arbeitskampf geschlossen gegenüber;

(6) so LAG Elberfeld, ARS 3, 2. Abt., S. 127 (130).

dere im Hinblick auf die Auswirkungen eines erfolgreichen Streiks, die sich nämlich auf die Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit erstrecken, unabhängig davon, ob sich die Arbeitnehmer an dem Streik beteiligen oder nicht (1). Dies zeigt sich deutlich darin, daß praktisch die tariflichen Bedingungen nicht nur für die tarifgebundenen, sondern für alle Arbeitnehmer in einem Betrieb zur Anwendung kommen.

Damit ist zugleich auch die Frage geklärt, was im Zusammenhang mit dem Teilstreikproblem unter Solidarität zu verstehen ist. Versteht man grundsätzlich unter Solidarität die innere Verbundenheit der Mitglieder einer Gemeinschaft (2), so bedeutet dieser Begriff in Verbindung mit den hier zu erörternden Fragen nichts anderes als die im Arbeitskampf zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Verbundenheit der Arbeitnehmer.

Dies ist zwar in der Rechtsprechung (3) und auch in der Literatur (4) bisweilen verkannt worden, kann aber wohl nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Denn nachdem Hueck, der den Gedanken der Solidarität in diesem Zusammenhang als erster (5) verwandte, in seiner Besprechung (6) des Urteils des LAG Elberfeld klargestellt hatte, daß er mit Solidarität

(1) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1254, Nr. 28, S. 104;

(2) vgl. "Der Grosse Herder", a. a. O., 8. Bd., Stichwort "Solidarität", Sp. 808;

(3) vgl. LAG Elberfeld, ARS 3, 2. Abt., S. 127 (129);

(4) vgl. Erdmann, a. a. O., S. 90; er ist der Auffassung, daß in diesem Zusammenhang mit Solidarität nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine politische und gesinnungsmäßige Verbundenheit gemeint sei. Da aber eine solche umfassende Verbundenheit der Arbeitnehmer nicht besteht, verneint er infolgedessen eine Arbeitnehmersolidarität; Jorns, a. a. O., S. 155, erkennt ebenfalls den Begriff der Solidarität, wie er hier zu verstehen ist. Er meint, Solidarität setze das Bestehen einer Gemeinschaft im soziologischen Sinne voraus und lehnt deshalb ebenfalls eine solidarische Verbundenheit der Arbeitnehmer ab;

(5) vgl. Hueck, Handbuch, II. Buch, a. a. O., S. 93;

(6) vgl. Hueck, Anm. zu LAG Elberfeld, ARS 3, 2. Abtl., S. 131; das LAG Elberfeld hatte nämlich geglaubt, in seinen Entscheidungsgründen insoweit eine Richtigstellung vornehmen zu müssen, als es den von Hueck verwandten Gedanken der Solidarität ablehnte und statt dessen den Lohnverlust der arbeitswilligen Arbeitnehmer mit der unter den Arbeitnehmern bestehenden wirtschaftlichen Verbundenheit begründete.

nichts anderes meine als die wirtschaftliche Verbundenheit der Arbeitnehmer und nicht eine absolute Gleichstellung aller Interessen der Arbeitnehmer, hat das RAG einige Monate später in seiner grundlegenden Entscheidung vom 20. 6. 1928 (1) den Gedanken der Arbeitnehmersolidarität aufgegriffen. Das RAG hat darauf verzichtet, diesen Gedanken zu erläutern. Dies war auch, wollte das Gericht nicht von der von Hueck gegebenen Darlegung abweichen, nicht nötig.

Auch das BAG, das sich in dieser Hinsicht der Rechtsprechung des RAG anschloß und seinen Entscheidungen den Solidaritätsgedanken zugrunde legte, hat keine eigene Definition dieses Begriffes gegeben. Lediglich in seinem Urteil vom 25. 7. 1957 findet sich die lakonische Feststellung, daß die Solidarität der Arbeitnehmerschaft nicht nur ein soziologisches Phänomen, sondern auch ein in bestimmten Grenzen zu verwertendes Rechtsprinzip sei (2).

2. Umfang der Solidarität

Ist somit davon auszugehen, daß bei Vorliegen einer unter den Arbeitnehmern bestehenden solidarischen (wirtschaftlichen) Verbundenheit der Lohnverlust der Arbeitswilligen gerechtfertigt ist, so ist im folgenden zu untersuchen, ob und in wie weit eine solche Solidarität besteht.

a) Solidarität zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern.

Es wäre denkbar, daß eine wirtschaftliche Verbundenheit allein unter den organisierten oder vielleicht sogar nur unter den der streikenden Gewerkschaft angehörenden Arbeitnehmern besteht (3). Hierzu ist jedoch festzustellen, daß der von einer Gewerkschaft erfolgreich durchgeführte Streik sich auch positiv auf die Arbeitsbedingungen der einer anderen Gewerkschaft angehörenden Arbeitnehmer auswirkt, so daß die einer nicht-streikenden Organisation zugehörigen Arbeitswilligen an einem Erfolg des Streiks ebenso interessiert sind wie die der streikenden Gewerkschaft angehörenden Arbeitnehmer. Gerade in dieser Hinsicht hat die Vergangenheit gezeigt, daß sich alle Arbeitnehmerorganisationen in der grundlegenden Frage der Erzielung besserer Lebensbedingungen für die Arbeitnehmerschaft völlig einig sind, selbst wenn in anderen Fragen Meinungsverschiedenheiten zwischen den einzelnen Gewerkschaften, insbesondere

(1) vgl. RAG, ARS 3, 116 ff. ;

(2) vgl. BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB;

(3) so z. B. Jorns, a. a. O., S. 156.

zwischen DGB und DAG bestehen (1). Was nämlich auch von den verschiedenen Gewerkschaften geschieht, hat im Ergebnis doch immer die Erhöhung des Lebensstandards der Arbeitnehmerschaft zur Zielsetzung, selbst wenn das Verhalten der verschiedenen Organisationen äußerlich zunächst nicht miteinander in Einklang zu bringen ist. Bei diesen zutage tretenden Verschiedenheiten handelt es sich - wie sich später herausstellt - zumeist nur um Fragen der Taktik. Die Zugehörigkeit der arbeitswilligen und der streikenden Arbeitnehmer zu verschiedenen Gewerkschaften steht somit der Annahme einer unter ihnen bestehenden Solidarität nicht entgegen (2).

Aber auch die Tatsache, daß die arbeitswilligen Arbeitnehmer überhaupt nicht organisiert sind, führt nicht dazu, bei einem gewerkschaftsgeführten Streik ihre Verbundenheit mit den streikenden organisierten Arbeitskollegen zu verneinen. Hier hat die Erfahrung ebenfalls gezeigt, daß auch die Nichtorganisierten von den Auswirkungen eines erfolgreichen Streiks profitieren. Denn die durch einen erfolgreich verlaufenen Arbeitskampf erzielten Verbesserungen der Arbeitsbedingungen wirken sich nicht nur auf die streikbeteiligten und gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer aus, sondern kommen letztlich auch den Nichtorganisierten zugute (3). Dies gilt um so mehr, als die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen heute weithin auch den Inhalt der Arbeitsverhältnisse der nichtorganisierten Arbeitnehmer bestimmt (4).

b) Solidarität zwischen Arbeitern und Angestellten

Die Annahme einer Solidarität zwischen streikenden Arbeitern und arbeitswilligen Angestellten wird - wie bereits im 1. Teil der Arbeit dargelegt

-
- (1) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28;
 - (2) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322; Nikisch, Anm. zu BAG, SAE 1957, 171 (172); sowie BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB, das zusätzlich noch die bestehende Einwirkungsmöglichkeit der Gewerkschaften aufeinander zur Begründung anführt. Eine solche Einwirkungsmöglichkeit erscheint mir jedoch - wie bereits auf S. 57 der Arbeit ausgeführt wurde - angesichts der bestehenden Autonomie der einzelnen Gewerkschaften ziemlich fraglich;
 - (3) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322; Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954 Nr. 28; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 11. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. 68; BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB.
 - (4) so Nikisch, Lb., 2. Aufl., 1. Bd., S. 497.

wurde - von nicht wenigen Autoren (1) mit der Begründung verneint, daß eine Zusammenfügung von Angestellten und Arbeitern zu einer einheitlichen sozialen Gruppen den soziologischen Gegebenheiten widersprechen würde. Als Hauptargument wird bekanntlich angeführt, die Interessen der Angestellten deckten sich häufig nicht mit denen der Arbeiter. Die Angestellten und Arbeiter hätten sich deshalb auch vielfach in besonderen Interessenorganisationen zusammengeschlossen.

Diese Bedenken sind zwar nicht unbeachtlich, denn noch bis in die jüngste Zeit hinein bestanden nicht geringe soziale Unterschiede zwischen Angestellten und Arbeitern. Insbesondere die Angestellten legten Wert auf eine Unterscheidung von den Arbeitern. Sie organisierten sich in eigenen Verbänden und schlossen besondere Angestellten-Tarifverträge ab (2).

Nach dem letzten Weltkrieg ist aber in dieser Beziehung eine stark rückläufige Entwicklung eingetreten, so daß der Unterschied zwischen Angestellten und Arbeitern erheblich an Schärfe verloren hat (3). Dies kommt einmal in den Bemühungen der Gewerkschaften zum Ausdruck, die in aller Offenheit die Tendenz zeigen, den sozialen Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten immer mehr aufzuheben (4).

Aber auch in der inneren Einstellung der Angestellten zu den Arbeitern und umgekehrt hat sich eine Wandlung vollzogen. Legten nämlich früher die Angestellten großen Wert darauf, sich getrennt von den Arbeitern in eigenen Gewerkschaften zu organisieren, so ist auch hier eine weitere Annäherung zwischen den beiden Arbeitnehmergruppen eingetreten. Heute sind Arbeiter und Angestellte gemeinsam zu einem erheblichen Teil im Deutschen Gewerkschaftsbund organisiert (5). Diese Tendenz der Arbeiter und Angestellten zu einer Einheitsgewerkschaft ist gerade in den letzten Jahren immer stärker hervorgetreten und ist Ausdruck ihrer gemeinsamen Interessen. Dies wird besonders deutlich, wenn man das unterschiedliche Anwachsen der Mitgliederzahlen der im DGB und der in der DAG organisierten Angestellten miteinander vergleicht. Wie die letzten Erhebungen ergeben haben, stieg in der Zeit vom 30. 9. 1956 bis zum 30. 9. 1958 die Zahl der im DGB organisierten Angestellten um 42 255 Mitglieder, wäh-

-
- (1) so Nikisch, Lb., 2. Aufl., 1. Bd., S. 497 und Anm. zu BAG, SAE 1957, 171 (172); Molitor, Anm. zu LAG Hannover, BB 1953, 886; Gross, in Maus, Handbuch, a. a. O., S. 119, Gruppe IV; Teichmann, PrdK 1958, Gruppe IV, S. 187;
- (2) so Nikisch, Lb., 2. Aufl., 1. Bd., S. 108;
- (3) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 323, Anm. 128;
- (4) so Natzel, Betrieb 1958, 572 (573);
- (5) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 323, Anm. 128.

rend demgegenüber die DAG im gleichen Zeitraum nur einen Zuwachs von 6 659 Mitgliedern zu verzeichnen hatte (1). Hiernach sind also in den Jahren 1956 - 1958 mehr als 6/7 aller neuorganisierten Angestellten dem Deutschen Gewerkschaftsbund beigetreten, in dem sie gemeinsam mit den Arbeitern organisiert sind.

Hieran wird deutlich, daß es nicht den soziologischen Gegebenheiten widerspricht, wenn man Arbeiter und Angestellte als eine einheitliche soziale Gruppe ansieht und behandelt.

Unabhängig von diesen Überlegungen und der Tatsache, daß es auch heute noch zwischen Angestellten und Arbeitern durchaus Interessengegensätze geben kann, so z. B. im Hinblick auf die gesonderte Gruppenwahl in der Betriebsverfassung, besteht aber gerade im Arbeitskampf zwischen diesen Arbeitnehmergruppen eine solidarische Verbundenheit. Nach der hier vorgeschlagenen Lösung ist nämlich für die Annahme einer Solidarität nicht eine absolute Gleichheit aller Interessen erforderlich, sondern es kommt allein darauf an, ob zwischen Arbeitern und Angestellten eine wirtschaftliche Verbundenheit besteht. Eine Gemeinsamkeit wirtschaftlicher, insbesondere lohnpolitischer Interessen ist aber eindeutig vorhanden. Die wirtschaftliche Verbundenheit zwischen Arbeitern und Angestellten zeigt sich besonders deutlich im Hinblick auf die Auswirkungen eines erfolgreichen Streiks. Denn auch in diesem Fall kann darauf hingewiesen werden, daß der Erfolg eines lediglich von den Arbeitern geführten Streiks auch den Angestellten zugute kommt (2). Hiergegen spricht nicht, daß im Einzelfall einmal die Angestellten nicht von den Auswirkungen eines erfolgreichen Streiks der Arbeiter profitieren können (3), denn für die Bejahung einer grundsätzlichen wirtschaftlichen Verbundenheit der Angestellten mit den Arbeitern ist es nicht erforderlich, daß die arbeitswilligen Angestellten unmittelbar und greifbar von den Auswirkungen eines jeden Streiks der Arbeiter erfaßt werden (4). Entscheidend für die Annahme einer Solidarität zwischen diesen beiden Arbeitnehmergruppen ist allein die Tatsache, daß auf weite Sicht die errungenen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen in mehr oder weniger großem Umfang allen Arbeitnehmern - Arbeitern und Angestellten - zugute kommen. Dies trifft sowohl für die Lohnfrage, als auch für die heute so akute Frage der Arbeitszeit zu. Gerade hier hat die jünger-

(1) vgl. die Angaben im Statistischen Jahrbuch 1959, a. a. O., S. 128;

(2) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28, S. 104; Bulla, Anm. zu LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32;

(3) so z. B. bei dem Streik der Metallarbeiter in Schleswig-Holstein, bei der die Hauptforderung der streikenden Arbeiter um Gleichstellung mit den Angestellten im Krankheitsfall ging;

(4) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28, S. 104.

ste Entwicklung gezeigt, daß die von den Arbeitern erreichte Arbeitszeitverkürzung auch für die Arbeitszeit der Angestellten von Einfluß gewesen ist. Haben Arbeiter und Angestellte somit gleiche wirtschaftliche Interessen und sind auch die Angestellten letzten Endes an einem erfolgreichen Verlauf der von den Arbeitern geführten Streiks interessiert, so sind Arbeiter und Angestellte bei einem Arbeitskampf als eine einheitliche solidarische Gruppe zu behandeln, unabhängig davon, ob sich im Einzelfall die Angestellten an dem Streik der Arbeiter beteiligen oder nicht. Dies hat zur Folge, daß bei einem Streik der Arbeiter auch die arbeitswilligen Angestellten das Streikrisiko, das heißt den Verlust ihrer Gehaltsansprüche, mittragen müssen, vorausgesetzt, daß sie während des Streiks nicht beschäftigt werden können (1).

Aus den gleichen Erwägungen entfällt aber auch umgekehrt der Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeiter wenn sie infolge eines allein von den Angestellten geführten Streiks nicht arbeiten können.

Es ist somit festzustellen, daß die nichtstreikenden Arbeitnehmer - unabhängig davon, ob sie organisiert sind oder nicht, ob es sich um Arbeiter oder Angestellte handelt - gegenüber dem Arbeitgeber "Nutznießer der kollektiven Machtposition der Arbeitnehmerschaft und ihrer Kampfmittel" sind (2). Sie sind daher - wie oben nachgewiesen wurde - auf Grund des Umfangs und der Stärke ihrer gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen mit den Streikenden solidarisch. Diese unter der Arbeitnehmerschaft bei einem Arbeitskampf bestehende wirtschaftliche Verbundenheit, die war als Solidarität bezeichnen, rechtfertigt es, allen Arbeitnehmern - streikenden wie arbeitswilligen - die Lasten des Arbeitskampfes, das heißt den Verlust ihrer Lohnansprüche aufzubürden (3).

(1) so BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB; LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32; LAG Hannover, AP 1954 Nr. 28; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322, Anm. 128; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB; Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28; Bulla, Anm. zu LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32; ders., Anm. zu BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 7; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 11. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. 68; Kauffmann, Anm. zu BAG, SAE 1957, 183 (184);

a. A.: Die auf S. 83 der Arbeit unter Anm. 1 aufgeführten Autoren, sowie LAG Kiel, Betrieb 1957, 165;

(2) so LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28, mit zustimmender Anm. von Dietz;

(3) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322; Bulla, Anm. zu BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 7; Natzel, Betrieb 1958, 572 (573); Kauffmann, Anm. zu BAG, SAE 1957, 183 (184); Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28; Bürger, ArbGeb 1957, 473; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 11. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. 68; Palandt-Gramm, a. a. O., zu § 615 BGB, Anm. 3; BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB; LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28.

3. Einzelne Rechtsfolgenungen

- a) Lohnverlust der Arbeitswilligen sowohl bei einem Teilstreik im eigenen als auch bei einem Streik in einem fremden Zulieferbetrieb.

Für die hier entwickelte Lösung ist es ohne Bedeutung, ob die Betriebsstilllegung auf einem Teilstreik im eigenen Betrieb beruht oder ob sie darauf zurückzuführen ist, daß der Betrieb, in dem die Arbeitswilligen tätig sind, durch einen Streik in einem Zubringerbetrieb (z. B. Elektrizitätswerk, Gasanstalt) stillgelegt wird. Denn die wirtschaftliche Verbundenheit der Arbeitnehmer ist nicht auf den einzelnen Betrieb beschränkt, sondern trägt überbetrieblichen Charakter. Diese überbetriebliche Solidarität der Arbeitnehmerschaft zeigt sich darin, daß die "Verbesserungen der Arbeitsbedingungen in einem Betrieb über diesen, in einer Industrie über diese hinauswirken und zu einer Angleichung auch in anderen Bereichen drängen" (1). Die Erscheinung der "Lohnwelle" bestätigt die Richtigkeit dieser Auffassung. Die arbeitswilligen Arbeitnehmer des nachgeordneten Betriebes sind daher mit den Streikenden im Zulieferbetrieb wirtschaftlich verbunden, also solidarisch. Ihnen steht somit auch während eines Streiks in einem fremden Betrieb auf Grund dieser solidarischen Verbundenheit kein Lohnanspruch zu (2).

- b) Keine Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem wilden Streik.

Es ist zu untersuchen, ob für die Lohnansprüche der arbeitswilligen Arbeitnehmer etwas anderes gilt, wenn die Betriebsstilllegung auf einem wilden Teilstreik im eigenen Betrieb oder auf einem wilden Streik im Zubringerbetrieb beruht.

Hier ist - ohne daß auf die Problematik des wilden Streiks näher eingegangen zu werden braucht - zunächst festzustellen, daß auch der wilde, nicht von der Gewerkschaft gebilligte Streik ein Arbeitskampf ist (3).

(1) so Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28;

(2) so BAG, AP Nr. 2, 3 und 4 zu § 615 BGB; LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322; Bulla, Anm. zu BAG, AR-Blattei, Arbeitskampf II, II Streik, Entsch. 7; ders., Anm. zu LAG Hamburg, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, Entsch. 32; Dietz, Anm. zu LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28; Nikisch, Anm. zu BAG, SAE 1957, 171; RGRK, Vorbem. 16 zu § 611 BGB; Staudinger-Nipperdey, zu § 615 BGB, Anm. 68;

(3) so Nipperdey, in Hueck-Nipperdey, 2. Bd., 6. Aufl., S. 607, Anm. 6.

Ist aber die Betriebsstillegung durch einen kollektiven Kampfbefehl herbeigeführt worden, so können die dadurch hervorgerufenen Verhältnisse, also auch die Frage nach den Lohnansprüchen der arbeitswilligen Arbeitnehmer, ebenfalls nur - wie bei einem gewerkschaftsgeführten Streik - unter kollektivrechtlichen Gesichtspunkten zutreffend beurteilt werden. Die oben (1) herausgearbeiteten Grundsätze treffen daher auch auf diesen Fall zu. Ist aber - wie oben näher dargelegt wurde (2) - die Gruppensolidarität der Arbeitnehmer unabhängig von der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit der Arbeitnehmer zu einzelnen Koalitionen zu sehen und zu würdigen, so ist für die Annahme einer Solidarität zwischen den wild Streikenden und den Arbeitswilligen auch die Frage, ob es sich um einen von einer Gewerkschaft aufgerufenen Streik handelt, oder ob der Streik von einer nur zu diesem Zweck gebildeten Koalition geführt wird, ohne Bedeutung (3). Entscheidend ist auch hier allein, ob zwischen den Arbeitswilligen und den Streikenden eine wirtschaftliche Verbundenheit besteht (4). Der Erfahrungssatz, daß die Auswirkungen erfolgreicher Streiks allen Arbeitnehmern zugute kommt, trifft auch auf den wilden Streik zu (5).

Sind somit die Arbeitswilligen mit den wild Streikenden auf Grund der alle Arbeitnehmer umfassenden wirtschaftlichen Verbundenheit solidarisch, so steht ihnen weder bei einem wilden Teilstreik im eigenen Betrieb noch bei einem wilden Streik im fremden (Zuliefer-) Betrieb ein Lohnan-

(1) siehe oben S. 76 ff. der Arbeit;

(2) siehe oben S. 81 ff. der Arbeit;

(3) Die Frage, ob der wilde Streik rechtmäßig ist oder nicht, ist hiervon zu unterscheiden.

(4) Auf den vom BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB und von Müller, Betrieb 1958, 741 (742) für die Verneinung der Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem wilden Streik herangezogenen Gesichtspunkt, daß die Arbeitswilligen die Möglichkeit hätten, auf die wild Streikenden einzuwirken, kommt es nicht an. Eine solche Einwirkungsmöglichkeit besteht auch bestenfalls nur bei einem wilden Teilstreik im eigenen Betrieb. Bei einem wilden Streik im Zulieferbetrieb haben die Arbeitswilligen des nachgeordneten Betriebes hingegen keine Möglichkeit, auf die Streikenden einen bestimmten Einfluß auszuüben.

(5) so Natzel, Betrieb 1958, 572 (573).

spruch zu (1).

Eine andere Auffassung stünde zudem im Widerspruch zu den vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätzen vom kollektiven Wesen des Arbeitskampfes, von der Kampfparität und vom Arbeitskampfisiko. Müßte nämlich der Arbeitgeber, dessen Betrieb durch einen wilden Streik zum Erliegen gekommen ist, den arbeitswilligen Arbeitnehmern Lohn zahlen, so würde hierdurch das den Arbeitskampf beherrschende Prinzip der Kampfparität oder Waffengleichheit gestört. In diesem Falle würden nämlich Angehörige des den Arbeitskampf nicht betreibenden Sozialpartners zu Leistungen gezwungen, für die sie nur auf Grund von Kampfmaßnahmen des anderen Sozialpartners keine Gegenleistung erhalten (2). Diese Grundsätze gestatten es daher auch nicht, die Frage nach den Lohnansprüchen der Arbeitswilligen bei einer Betriebsstillegung infolge wilden Streiks im Zulieferbetrieb anders zu beurteilen, als bei einer Betriebsstillegung infolge wilden Teilstreiks im eigenen Betrieb.

(1) so Natze, Betrieb 1958, 572 (573); Kauffmann, Anm. zu BAG, SAE 1957, 183 (184); ders., Betrieb 1957, 845 (846); Bürger, ArbGeb 1957, 473 (475); Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 11. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. 68, allerdings mit anderer Begründung; Nipperdey meint, daß bei einem wilden Streik nicht von einem Solidaritätsverhältnis zwischen den Arbeitswilligen und den wild Streikenden gesprochen werden könne. Eine Solidarität würde immer nur bei legitimen Kampfmaßnahmen vorliegen. Der Lohnverlust sei aber gerechtfertigt, da auch in diesem Falle die Ursache der Betriebsstörung aus der Arbeitnehmersphäre komme; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322, Anm. 127, der sich jedoch nur auf den wilden Teilstreik im eigenen Betrieb bezieht und offen läßt, was bei einem Streik im Zulieferbetrieb gelten soll; BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB, mit zustimmender Anm. von Hueck, jedoch nur bezüglich eines wilden Teilstreiks im eigenen Betriebe; a. A.: Nikisch, Lb., 1. Bd., 2. Aufl., S. 498 und Anm. zu BAG, SAE 1957, 171 (172); Gross, in Maus, Handbuch, a. a. O., Gruppe IV, S. 117 (118); Schnorr von Carolsfeld, a. a. O., S. 220, der den Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer nur bei einem wilden Teilstreik im eigenen Betrieb verneint; sowie Jorns, a. a. O., S. 157, der die Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem wilden Streik nur dann verneint, wenn der Arbeitgeber ihr Einverständnis mit den Streikenden beweisen kann.

(2) so BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB.

- c) Keine Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einer durch Streikposten verursachten Unmöglichkeit der Arbeitsaufnahme.

Zu prüfen bleibt, ob die hier entwickelten Grundsätze auch für den Fall gelten, daß die Arbeitswilligen durch Streikposten am Betreten des Betriebes gehindert werden und deshalb trotz vorhandener Beschäftigungsmöglichkeit nicht arbeiten können. Dieser Fall unterscheidet sich rein tatbestandlich von einem Teilstreik insoweit, als hier nicht die fehlende Mitarbeit der Arbeitskollegen die Ursache des Arbeitsausfalls ist. Trotz dieser tatbestandlichen Unterscheidung treffen die für die Behandlung des Teilstreikproblems maßgebenden Gesichtspunkte auch auf die durch Streikposten verursachte Unmöglichkeit der Arbeitsaufnahme zu. Denn auch in diesem Fall ist den arbeitswilligen Arbeitnehmern die Arbeitsleistung nur infolge des kollektiven Verhaltens ihrer streikenden Arbeitskollegen nicht möglich. Ob sie nun deshalb nicht arbeiten können, weil die für ihre Arbeit notwendige Vor- und Mitarbeit fehlt (z. B. weil die Maschinen nicht laufen) oder weil sie durch Einflußnahme ihrer streikenden Kollegen am Arbeiten gehindert werden, ist für die rechtliche Beurteilung dieses Komplexes ohne Bedeutung (1). Der Grundsatz der Solidarität der gesamten Arbeitnehmerschaft, der seiner allseitigen und umfassenden Natur nach keine Ausnahme verträgt (2), und die Tatsache, daß die Störung aus der Sphäre der Arbeitnehmerschaft stammt, rechtfertigt auch in diesem Fall den Lohnverlust der Arbeitswilligen (3).

- d) Keine Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei einem dem Streik gleichzusetzenden Verhalten der Arbeitnehmer.

Der Lohnanspruch der Arbeitnehmer entfällt nach Maßgabe der hier entwickelten Grundsätze nicht nur dann, wenn es sich um einen "offenen" Streik handelt, sondern auch, wenn durch sonstiges kollektives Verhalten der Arbeitnehmerschaft eine Betriebsstillegung herbeigeführt wird (4).

-
- (1) so Gross, in Maus, Handbuch, a. a. O., Gruppe IV, S. 119;
(2) so Natzel, Betrieb 1958, 572 (573);
(3) so LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28 mit zustimmender Anm. von Dietz; Blohm, Anm. zu ArbGer. Kassel, SAE 1953, Nr. 57; Gross, in Maus, Handbuch, a. a. O., Gruppe IV, S. 119;
a. A. : ArbGer. Kassel, SAE 1953, Nr. 57; Jorns, a. a. O., S. 158, der für diesen Fall auf die Vorschriften des BGB über die Unmöglichkeit der Leistung zurückgreift;
(4) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, a. a. O., 1. Bd., S. 322;

Hierunter fällt einmal die passive Resistenz, bei der ein Teil der Arbeitnehmerschaft eines Betriebes oder aber auch die gesamte Betriebsbelegschaft ihrer Arbeitspflicht nur scheinbar nachkommt, in Wirklichkeit aber so langsam oder mangelhaft arbeitet, daß ihr Verhalten praktisch einer Arbeitsverweigerung gleichkommt (1).

Hierher gehört zum anderen ein solches Verhalten der Arbeitnehmer, bei dem die Befolgung der bei der Arbeit zu beachtenden Dienstvorschriften bewußt so übertrieben wird, daß der praktische Erfolg der Arbeit verfehlt wird.

Es muß sich aber in diesen Fällen immer um den Einfluß kollektiver Kampfmittel handeln (2). Ob dies der Fall ist, richtet sich danach, ob eine bewußt gewollte solidarische Gemeinsamkeit des Handelns vorliegt (3).

4. Kein Lohnverlust bei Betriebsstillegungen infolge Individualverhaltens einzelner Arbeitnehmer.

Diese Grundsätze können dann keine Anwendung finden, wenn außerhalb von Arbeitskämpfen Betriebsstillegungen durch einzelne Arbeitnehmer verursacht werden. Hierunter zählen die Fälle, in denen ein (oder mehrere) Arbeitnehmer absichtlich eine für den Betriebsablauf wesentliche Maschine beschädigt oder zerstört (4).

Bei einem solchen Verhalten fehlt das entscheidende Moment, nämlich das bewußte und gewollte Zusammenwirken mit anderen Arbeitnehmern um eines gemeinsamen wirtschaftlichen Zieles willen, das allein die Solidarität der Arbeitnehmerschaft ausmacht. Hier handelt es sich nicht um eine Arbeitskampfmaßnahme zur Wahrnehmung gemeinsamer wirtschaftlicher Interessen. Dieses Verhalten stellt sich vielmehr als eine einzelvertragswidrige Handlung dar (5), da hier der oder die Störer allein aus egoistischen Motiven im individuellen Interesse handeln (6).

Daraus folgt, daß der von der Rechtsprechung und Literatur entwickelte Grundsatz, daß die arbeitswilligen Arbeitnehmer bei Betriebsstillegungen, die auf das Verhalten der Arbeitnehmer zurückzuführen sind, keinen Lohnanspruch haben, nur auf solche Betriebsstörungen angewandt werden darf,

(1) so Siebrecht, a. a. O., S. 13;

(2) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, a. a. O., 1. Bd., S. 322, Anm. 124;

(3) so BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG;

(4) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322, Anm. 124;

(5) so Siebrecht, a. a. O., 2. Aufl., S. 14;

(6) so Harmsen, a. a. O., S. 93.

die innerhalb von Wirtschaftskämpfen erfolgen und in denen die Solidarität der Arbeitnehmerschaft zum Ausdruck kommt. Bei Betriebsstillegungen, die auf einem Individualverhalten einzelner Arbeitnehmer beruhen, tritt eine solidarische Haftung der Arbeitswilligen nicht ein (1).

IV. Zur Frage eines Verschuldens des Arbeitgebers am Ausbruch des Streiks.

Der Grundsatz, daß die arbeitswilligen Arbeitnehmer bei einem Streik keinen Lohnanspruch haben, gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, daß den Arbeitgeber kein Verschulden (2) am Streikausbruch trifft (3).

Wann im Einzelfall ein Verschulden des Arbeitgebers vorliegt, wird in der Praxis allerdings nur schwer festzustellen sein, zumal in den meisten Fällen die Schuld am Ausbruch des Streiks mit allen möglichen Begründungen dem Sozialpartner zugeschoben wird (4). Der Umstand, daß der Arbeitgeber durch Nachgiebigkeit gegenüber den Forderungen der Arbeitnehmer den Streik hätte verhindern können, ist für die Frage eines Verschuldens des Arbeitgebers am Streik ohne Bedeutung (5). Denn ob der Unternehmer die Streikforderungen als berechtigt anerkennen will oder nicht, ist bei unserer

-
- (1) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 322, Anm. 124; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 11. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. 68; Jorns, a. a. O., S. 153; Harmsen, a. a. O., S. 93; Titze, JW 1922, 548;
- (2) Zu der Frage, was in diesem Zusammenhang unter Verschulden zu verstehen ist, siehe unten S. 92 und 93;
- (3) so die h. M. in Literatur und Rechtsprechung; vgl. statt vieler: Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 321 und BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB; - a. A.: Natzel, Betrieb 1958, 572, der eine gerichtliche Prüfung eines Verschuldens des Arbeitgebers mit der Begründung ablehnt, daß die Frage noch ein Relikt der ehemaligen zivilistischen Betrachtungsweise sei. Wenn man schon die dogmatische Betrachtungsweise durch die Sphärentheorie ersetzt habe, dann sei es richtiger, nicht mehr ein Verschulden zu fordern, sondern sich allein nach dem äußeren Erscheinungsbild, d. h. der Kausalität zwischen Arbeitskampf und Nichtbeschäftigungsmöglichkeit zu richten.
- (4) so Kauffmann, Betrieb 1957, 845 (846); ders., Anm. zu BAG, SAE 1957, 183 (184);
- (5) so LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28 mit zustimmender Anm. von Dietz; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 321, Anm. 123; Nikisch, Lb., 1. Bd., 2. Aufl., S. 498, Anm. 45; Staudinger-Nipperdey, a. a. O., 11. Aufl., zu § 615 BGB, Anm. 68.

Wirtschaftsverfassung Sache seines Ermessens. Es ist das gute Recht des Arbeitgebers Lohnforderungen der Arbeitnehmer abzulehnen, und zwar auch dann, wenn die Anerkennung der Forderungen wirtschaftlich für ihn tragbar gewesen wäre (1). Dies gilt zumindest solange, als in bezug auf die Lohnbemessung Vertragsfreiheit besteht, und der Arbeitgeber nicht durch einen Tarifvertrag gebunden ist.

Ein Verschulden des Arbeitgebers liegt aber dann vor, wenn er durch rechts- oder vertragswidriges Verhalten Veranlassung zum Streik gegeben hat (2). Die von Kauffmann (3) an dieser Ansicht geübte Kritik erweist sich als nicht zutreffend. Denn dieser Satz bedeutet nicht - wie Kauffmann annimmt -, daß jedes rechts- oder vertragswidrige Verhalten des Arbeitgebers mit einem Streik beantwortet werden darf und somit der Arbeitgeber ein Verschulden am Streikausbruch trifft. Kann nämlich bei einem Rechts- oder Vertragsbruch des Arbeitgebers das erstrebte Ziel auf dem Rechtsweg erreicht werden, was auf sämtliche von Kauffmann angeführten Fälle (4) zutrifft, so hat der Arbeitgeber noch keine Veranlassung zum Streik gegeben. Daraus folgt, daß ein Streik gegen den Arbeitgeber wegen untertariflicher Bezahlung, sowie ein Streik, der die Wiedereinstellung eines - unter Verstoß gegen die Kündigungsschutzvorschriften - entlassenen Arbeitskollegen zum Ziel hat oder aber ein Streik um die Entlassung oder Versetzung eines mißliebigen Vorgesetzten unzulässig ist. Denn in dem erstgenannten Fall kann der Arbeitnehmer auf Einhaltung des Tarifvertrages klagen, im zweiten Fall kann er die Kündigungsschutzklage erheben, während im letzten Fall § 66 Abs.4 BetrVG. eine Möglichkeit eröffnet, die Maßnahme zu erzwingen. Treten die Arbeitnehmer in diesen Fällen trotzdem in den Streik, so trifft den Arbeitgeber am Ausbruch dieses Streiks kein Verschulden. Selbsthilfe ist nämlich so lange nicht zulässig, wie die Möglichkeit besteht, die Forderungen bei den Gerichten durchzusetzen (5).

-
- (1) so Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 321, Anm. 123;
 - (2) so BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB mit zustimmender Anm. von Hueck; LAG Hannover, AP 1954, Nr. 28 mit zustimmender Anm. von Dietz; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd., 6. Aufl., S. 321, Anm. 123; Nikisch, Lb., 1. Bd., 2. Aufl., S. 498, Anm. 45;
 - (3) vgl. Kauffmann, Betrieb 1957, 845; ders., Anm. zu BAG, SAE 1957, 183 (184);
 - (4) vgl. Kauffmann, Betrieb 1957, 845 (846); ders., Anm. zu BAG, SAE 1957, 183 (184);
 - (5) so Nipperdey, in Hueck-Nipperdey, 2. Bd., 6. Aufl., S. 647, 648.

Der Satz, daß ein Verschulden des Arbeitgebers am Streikausbruch dann zu bejahen sei, wenn er durch rechts- oder vertragswidriges Verhalten den Streik veranlaßt hat, bezieht sich daher nur auf die Fälle, wo sich der Streik als "ultima ratio" auf das rechts- und vertragswidrige Verhalten des Arbeitgebers darstellt (1).

V. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der arbeitswilligen Arbeitnehmer.

Der Lohnanspruch ist den arbeitswilligen Arbeitnehmern allerdings nur dann zu versagen, wenn durch den Teilstreik bzw. Streik im Zulieferbetrieb eine Weiterbeschäftigung der Arbeitswilligen tatsächlich unmöglich oder in einer für den Arbeitgeber unzumutbaren Weise erschwert ist (2).

Liegt zum Beispiel infolge eines Teilstreiks der Arbeiter die Produktion des Betriebes still, so ist der Arbeitgeber nicht ohne weiteres berechtigt, den gesamten Betrieb, also auch die Büro- und technischen Abteilungen zu schließen und den hier beschäftigten Arbeitnehmern den Lohn zu versagen. Das gleiche gilt, wenn infolge eines Streiks in einem Versorgungsbetrieb der Kraftstrom ausfällt und dadurch die mechanische Abteilung des nachgeordneten Betriebes zum Erliegen kommt (3). Es spricht zwar eine Vermutung für die Einheit des Betriebes. Der Grundsatz der betrieblichen Einheit reicht jedoch angesichts des erheblichen Interesses des Arbeitnehmers an seinem Lohn nur soweit, als er im Rahmen einer sinnvollen Betriebsführung gerechtfertigt erscheint. Es ist daher allein darauf abzustellen, ob trotz des Ruhens der Produktion in anderen - von der Fertigung unabhängigen - Abteilungen noch eine für den Gesamtbetrieb nutzbare Arbeit erbracht werden kann, die eine Weiterbeschäftigung der hier tätigen Arbeitnehmer zumutbar erscheinen läßt (4). Wie weit die hier nach dem Arbeitgeber obliegende Prüfungspflicht geht, hängt von den Umständen des Einzelfalles (Art des Betriebes, Dauer des Streiks) ab. So würde es bei einer nur kurzfristig zu treffenden Entscheidung zu weit gehen, vom Arbeitgeber zu verlangen, die insoweit erforderlichen Feststellungen für jeden einzelnen Arbeitsplatz gesondert zu treffen. Es genügt vielmehr, daß der Arbeitgeber für geschlossene Betriebsabteilungen die

-
- (1) Damit dürften sich die von Kauffmann, a. a. O., geäußerten Bedenken erledigt haben.
- (2) so BAG, AP Nr. 2 und 4 zu § 615 BGB; LAG Kiel, Betrieb 1960, 276; Hueck, in Hueck-Nipperdey, 1. Bd. 6. Aufl., S. 322; Nikisch, Lb., 1. Bd., 2. Aufl., S. 497, Anm. 40.
- (3) so LAG Kiel, Betrieb 1960, 276;
- (4) siehe Anm. 3.

Möglichkeit bzw. Zumutbarkeit der Weiterarbeit prüft (1).

Aber auch der Umstand, daß die arbeitswilligen Arbeitnehmer infolge des Streiks an ihrem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr beschäftigt werden können, berechtigt den Arbeitgeber noch nicht, die Arbeitswilligen nach Hause zu schicken und ihnen den Lohn zu versagen. Der Arbeitgeber ist vielmehr auf Grund seiner Fürsorgepflicht gehalten, die arbeitswilligen Arbeitnehmer, soweit die Möglichkeit besteht, einstweilen an einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen (2). Der entgegengesetzten Ansicht des BAG (3) kann nicht zugestimmt werden. Ist es nämlich dem Arbeitgeber ohne Schwierigkeiten möglich, die Arbeitswilligen an anderen Arbeitsplätzen im Betrieb zu beschäftigen, so kann keine Rede davon sein, daß eine Weiterbeschäftigung unmöglich oder dem Arbeitgeber in unzumutbarer Weise erschwert ist. Wie weit die Verpflichtung des Arbeitgebers geht, die Arbeitswilligen anderweit zu beschäftigen, richtet sich nach den betrieblichen Möglichkeiten und danach, was dem Arbeitgeber billigerweise "zugemutet" werden kann (4).

Schwieriger wird das Problem allerdings dann, wenn bei einer durch die Arbeiter des Betriebes verursachten Betriebsstillegung nur noch für einen Teil der Angehörigen der arbeitswilligen anderen Gruppe der Angestellten Arbeit vorhanden ist.

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden. In dem einen Fall besteht infolge eines Teilstreiks der Arbeiter für Angestellte mit einem bestimmten Tätigkeitsbereich überhaupt keine Beschäftigungsmöglichkeit, während Angestellte mit einem anderen Arbeitsfeld ihre Tätigkeit trotz des Streiks ausüben können. In dem anderen Fall hingegen ist infolge des Teilstreiks die Beschäftigungsmöglichkeit für die Angestellten mit einem bestimmten Tätigkeitsbereich nicht völlig weggefallen, sondern nur geringer geworden, so daß der Arbeitgeber nicht mehr alle beschäftigen kann.

Diese unterschiedlichen Tatbestände rechtfertigen auch eine unterschiedliche rechtliche Behandlung.

In dem ersten Fall kann der Arbeitgeber diejenigen Angestellten einer bestimmten Kategorie, für die überhaupt keine Arbeitsmöglichkeit vorhanden ist, ohne Gehaltsfortzahlung beurlauben, während er die Angestellten mit einem anderen Tätigkeitsbereich weiterbeschäftigen muß (5). Der Ar-

(1) so LAG Kiel, Betrieb 1960, 276;

(2) so Siebrecht, a. a. O., 2. Aufl., S. 48;

(3) vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB;

(4) so Siebrecht, a. a. O., 2. Aufl., S. 48;

(5) so Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB.

beitgeber ist in diesem Fall weder verpflichtet noch berechtigt, die Angestellten der verschiedenen Tätigkeitsbereiche nach sozialen Gesichtspunkten auszutauschen oder aber die Arbeitszeit für alle Angestellten gleichmäßig zu kürzen, da er solche Angestellte, deren Tätigkeitsbereich durch den Teilstreik gar nicht berührt wird, nicht ohne ihre Zustimmung beurlauben oder kurzarbeiten lassen kann (1).

Ist hingegen - wie im zweiten Fall - die Arbeitsmöglichkeit für sämtliche Arbeitnehmer lediglich geringer geworden, und muß deshalb ein Teil von ihnen beurlaubt werden, so hat der Arbeitgeber auf Grund der allgemeinen Fürsorgepflicht und entsprechend dem Grundgedanken des Kündigungsschutzgesetzes die Auswahl der zu beurlaubenden Angestellten nach sozialen Gesichtspunkten zu treffen, im übrigen aber die Arbeit entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz für alle gleichmäßig zu kürzen, soweit die betrieblichen Möglichkeiten eine solche Maßnahme zulassen und dies dem Arbeitgeber zumutbar ist (2).

(1) so Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB;

(2) siehe Anm. 1.

VI. Zusammenfassung des Ergebnisses

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzustellen :

1. Arbeitswillige Arbeitnehmer haben auf Grund der kollektiven Solidarität der Arbeitnehmerschaft bei einem Streik keinen Lohnanspruch.
2. Für diese Rechtsfolge ist es ohne Bedeutung, ob die arbeitswilligen Arbeitnehmer einer Gewerkschaft angehören oder nicht organisiert sind, ob es sich um Arbeiter oder Angestellte handelt.
3. Es macht keinen Unterschied, ob die Betriebsstillegung auf einen Teilstreik im eigenen Betrieb oder auf einen Streik in einem fremden (Zuliefer-) Betrieb zurückzuführen ist.
4. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen entfällt auch dann, wenn die Betriebsstillegung auf einem wilden Teilstreik bzw. wilden Streik in einem Zulieferbetrieb beruht.
5. Die Grundsätze zu Ziffer 1 bis 4 gelten jedoch nur unter einer doppelten Voraussetzung :
 - a) Den Arbeitgeber darf kein Verschulden an dem Streik treffen;
 - b) Durch den Teilstreik bzw. Streik im Zulieferbetrieb muß die Weiterbeschäftigung der Arbeitswilligen tatsächlich unmöglich oder doch in einer dem Arbeitgeber unzumutbaren Weise erschwert worden sein.
6. Die vorgenannten Grundsätze finden keine Anwendung bei Betriebsstillegungen, die auf Individualverhalten einzelner Arbeitnehmer außerhalb von Arbeitskämpfen beruhen.

Lebenslauf

Am 13. Mai 1932 wurde ich, Rolf Eisenstein, als Sohn des Kaufmanns Siegfried Eisenstein und seiner Ehefrau Helene, geb. Rütke, in Dortmund geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach dem Besuch der Volksschule von 1938 bis 1946 besuchte ich ab 1947 die Aufbauschule in Dortmund und später die Friedrich-Harkort-Oberschule in Herdecke, an der ich am 5. April 1953 die Reifeprüfung ablegte.

Mein rechtswissenschaftliches Studium begann ich im Sommersemester 1953 an der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster, wo ich zunächst zwei Semester blieb. Nach einem Semester an der Philipps-Universität in Marburg studierte ich weitere vier Semester an der Universität in Münster. Am 20. Dezember 1956 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Am 29. Januar 1957 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst ein. Vom 29. Juni 1957 bis 29. März 1958 war ich vom Vorbereitungsdienst beurlaubt, um meine Dissertation zu schreiben.

Meine zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 22. Juni 1961 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 20. Januar 1962 statt.

